

Revista Jurídica

Castilla-La Mancha

ESTUDIOS

CONSIDERACIONES ACERCA DEL ACCESO POR EL INTERESADO AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO EN PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS.

Celia Álvarez Losa y Juan José González López

UN CAMBIO COYUNTURAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO (BREVES ACOTACIONES A LA REFORMA DE JUNIO DE 2011).

María del Carmen Contreras Cortés y Luis Fernando Contreras Cortés

LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* EN COSTA RICA: ANÁLISIS DOCTRINARIO, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIA.

Frank Harbottle Quirós

EL PLAN BEPS DE LA OCDE/G20 Y EL TRATAMIENTO DE LAS OPERACIONES VINCULADAS.

M^a Gabriela Lagos Rodríguez

CÓMO CONJUGAR EL DERECHO AL OLVIDO.

Juan Martínez Caballero

LAS OFICINAS LIQUIDADORAS DE DISTRITO HIPOTECARIO EN CASTILLA-LA MANCHA.

Manuel Montánchez Ramos y Antonio Ballester Martín-Navarro

EL RESURGIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL NUEVO DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Jaime Pintos Santiago

RÉGIMEN FISCAL DE LAS ENTIDADES EN ATRIBUCIÓN DE RENTAS.

Luis María Romero Flor

57

ENERO / DICIEMBRE

2015

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, SUSCRITO ENTRE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA Y D. X, CONSISTENTE EN LA REDACCIÓN DEL PROYECTO BÁSICO Y DE EJECUCIÓN Y EL ESTUDIO DE SEGURIDAD Y SALUD DE LA OBRA DE CONSOLIDACIÓN DE CERRAMIENTO, ACCESIBILIDAD Y REFORMAS EN EL CIP K DE CUENCA

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA, SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE LA ACTIVIDAD FÍSICA Y EL DEPORTE DE CASTILLA-LA MANCHA

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO DEL AYUNTAMIENTO DE ARGAMASILLA DE CALATRAVA (CIUDAD REAL), DEL ACUERDO DE LA COMISIÓN MUNICIPAL DE GOBIERNO DE 9 DE DICIEMBRE DE 1999, POR EL QUE SE ACEPTA LA MODIFICACIÓN DEL TRAZADO DEL CAMINO PÚBLICO “LA ESPERANZA”, PROPUESTA POR LA COMUNIDAD DE BIENES T.

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE LA CONSULTA FORMULADA POR LA CONSEJERA DE AGRICULTURA ACERCA DE LA PRECEPTIVIDAD DEL DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO EN RELACIÓN AL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE DECLARAN COMO ZONAS ESPECIALES DE CONSERVACIÓN DE LA RED NATURAL 2000 EN CASTILLA-LA MANCHA, CUARENTA LUGARES DE IMPORTANCIA COMUNITARIA, SE PROPONE A LA COMISIÓN EUROPEA LA MODIFICACIÓN DE LOS LÍMITES DE CARTOCE DE ESTOS ESPACIOS Y SE MODIFICAN LOS LÍMITES DE OCHO ZONAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA LAS AVES

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA.

Saturnina Moreno González. Luis María Romero Flor.
María Esther Sánchez López.

DOCTRINA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA.

Alicia Agüero Ortiz. Iuliana Raluca Stroie

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA.

M^a Pilar Molero



Castilla-La Mancha





Castilla-La Mancha



*Registradores
de Castilla - La Mancha*

**REVISTA JURÍDICA
DE
CASTILLA-LA MANCHA**

Nº 57 - enero / diciembre - 2015

PRESIDENCIA DE HONOR

Juan Alfonso Ruiz Molina
Excmo. Sr. Consejero de Hacienda
y Administraciones Públicas

Miguel Ángel Collado Yurrita
Excmo. Mágfco. Sr. Rector de
la Universidad de Castilla-La
Mancha

CONSEJO DE DIRECCION

Emilio Sanz Sánchez
Presidente del Consejo Consultivo
de Castilla-La Mancha

Francisco Calvo Cirujano
Letrado Mayor de las Cortes de
Castilla-La Mancha

Fernando Mora Rodríguez
Viceconsejero de Administración
Local y Coordinación
Administrativa

Francisco Javier Díaz Revorio
Consejero del Consejo Consultivo
de Castilla-La Mancha

Agustín Díez Moreno
Director del Servicio Provincial de
Muface en Toledo.

M^a Victoria Martín Méndez
Jefa de Servicio del DOCM de
la Consejería de Hacienda y
Administraciones Públicas

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

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 Álvarez (D. E. P.)
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

Fernando Acedo-Rico Henning
Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad de
Castilla-La Mancha

Juan Claudio Jarillo
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

Eduardo Demetrio Crespo
Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Castilla-La Mancha

SECRETARIO

Luis María Romero Flor
Profesor Contratado 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. Eduardo Demetrio Crespo, 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 (*double 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

ÍNDICE

ESTUDIOS 11

CONSIDERACIONES ACERCA DEL ACCESO POR EL INTERESADO AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO EN PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS 13

UN CAMBIO COYUNTURAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO (Breves acotaciones a la reforma de junio de 2011) 45

LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* EN COSTA RICA: ANÁLISIS DOCTRINARIO, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL 67

EL PLAN BEPS DE LA OCDE/G20 Y EL TRATAMIENTO DE LAS OPERACIONES VINCULADAS 105

CÓMO CONJUGAR EL DERECHO AL OLVIDO..... 143

LAS OFICINA LIQUIDADORAS DE DISTRITO HIPOTECARIO EN CASTILLA-LA MANCHA 187

EL RESURGIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL NUEVO DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA..... 203

RÉGIMEN FISCAL DE LAS ENTIDADES EN ATRIBUCIÓN DE RENTAS 243

DICTÁMENES..... 279

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, SUSCRITO ENTRE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA Y D. X, CONSISTENTE EN LA REDACCIÓN DEL PROYECTO BÁSICO Y DE EJECUCIÓN Y EL ESTUDIO DE SEGURIDAD Y SALUD DE LA OBRA DE CONSOLIDACIÓN DE CERRAMIENTO, ACCESIBILIDAD Y REFORMAS EN EL CIP K DE CUENCA. 281

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA- LA MANCHA, SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY

DE LA ACTIVIDAD FÍSICA Y EL DEPORTE DE CASTILLA-LA MANCHA. 293

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO DEL AYUNTAMIENTO DE ARGAMASILLA DE CALATRAVA (CIUDAD REAL), DEL ACUERDO DE LA COMISIÓN MUNICIPAL DE GOBIERNO DE 9 DE DICIEMBRE DE 1999, POR EL QUE SE ACEPTA LA MODIFICACIÓN DEL TRAZADO DEL CAMINO PÚBLICO “LA ESPERANZA”, PROPUESTA POR LA COMUNIDAD DE BIENES T. 343

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE LA CONSULTA FORMULADA POR LA CONSEJERA DE AGRICULTURA ACERCA DE LA PRECEPTIVIDAD DEL DICTAMEN DEL CONSEJO CONSTULVIO EN RELACIÓN AL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE DECLARAN COMO ZONAS ESPECIALES DE CONSERVACIÓN DE LA RED NATURAL 2000 EN CASTILLA-LA MANCHA, CUARENTA LUGARES DE IMPORTANCIA COMUNITARIA, SE PROPONE A LA COMISIÓN EUROPEA LA MODIFICACIÓN DE LOS LÍMITES DE CATORCE DE ESTOS ESPACIOS Y SE MODIFICAN LOS LÍMITES DE OCHO ZONAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA LAS AVES. 365

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA 387

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA. 389

DOCTRINA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA 399

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA 441

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA. 443

ESTUDIOS

CONSIDERACIONES ACERCA DEL ACCESO POR EL INTERESADO AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO EN PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS

Cecilia Álvarez Losa

Letrada de la Administración
de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Juan José González López

Letrado de la Administración
de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
Letrado de la Comunidad de Madrid (en excedencia)

RESUMEN:

En el presente artículo es objeto de estudio el derecho del interesado en un procedimiento administrativo selectivo o de concurrencia competitiva a conocer la documentación obrante en el expediente y el derecho de los restantes titulares de la información incorporada a éste a la confidencialidad de sus datos de carácter personal. El estudio se realiza a la luz de la normativa en vigor y de la interpretación de la misma efectuada por la jurisprudencia, teniendo muy en cuenta el impacto que sobre esta cuestión ha tenido la promulgación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

ABSTRACT:

This paper analyses the applicant's right in a selection procedure of the administration to gain access to documentation and others applicants' right to their personal information confidentiality. The analysis is made applying the law currently in force and the precedent set by courts, having into account the effect that Ley 19/2013, de 9 de diciem-

bre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno is having in the subject.

PALABRAS CLAVE:

Interesado, procedimiento administrativo selectivo o de concurrencia competitiva, derecho de acceso, expediente administrativo, datos de carácter personal, cesión de datos, principio de proporcionalidad.

KEYWORDS:

Applicant, selection procedure of the administration, the right to access, documentation, personal information, information's cession, proportionality principle.

1. INTRODUCCIÓN

La problemática a que responde el presente artículo es la suscitada por la necesidad de armonizar el derecho del interesado en un procedimiento administrativo selectivo o de concurrencia competitiva a conocer la documentación obrante en el expediente y el derecho de los restantes titulares de la información incorporada a éste a la confidencialidad de sus datos de carácter personal¹.

El punto de partida, en lo tocante a la normativa de aplicación, viene dado por el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC, en adelante), a cuyo tenor:

“Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de los documentos contenidos en ellos.

Aunque no se recoge expresamente en el precepto, cabe entender que la obtención de copias de los documentos presupone la posibilidad de tomar conocimiento de los documentos obrantes en el expediente administrativo, pues, de no ser así, se vería cercenado el espíritu del artículo². En cualquier caso, la posibilidad antedicha aparece expresamente contemplada en el artículo 84.1 LRJ-PAC, relativo al trámite de audiencia, de conformidad con el cual, *“Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5”*³.

No hay duda, por ende, de que, en principio, el interesado goza del derecho de acceso a la información obrante en el expediente en que aparece como tal, a salvo los supuestos contemplados en el artículo 37.5 LRJ-PAC (actualmente en el 14.1 LT) u otros excepcionales⁴. El propósito de este derecho es, además, claramente constatable: facilitar al interesado información a él atinente. Sin embargo, en los procedimientos administrativos no siempre aparece un único interesado. Basta pensar en procedimientos iniciados o que afectan a comunidades de propietarios o de herederos o, más simplemente, a unidades familiares. La concurrencia en muchos casos de un mismo interés y postura común por parte de todos ellos no evita que existan ocasiones en que los intereses son contradictorios y, por tanto cada interesado, o algunos de ellos, actúa al margen de los restantes, incluso de manera enfrentada. Por otra parte, aun en los procedimientos en que sólo hay un interesado puede aparecer información relativa a otras personas, que no ostentan tal condición, pero que pueden tener interés en mantener los datos a ellos relativos al margen del conocimiento del interesado (caso del denunciante en los procedimientos sancionadores).

El motivo de que hayamos optado por ceñir el estudio a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva es que la disparidad de intereses no es ocasional, sino consustancial al tipo de procedimiento. Es de suponer que los distintos participantes en el procedimiento selectivo no estarán dispuestos a que la información que facilitaron o la documentación que aportaron sea puesta en conocimiento de los res-

tantes. Surge, pues, un conflicto entre los derechos expuestos, del que pasamos a ocuparnos.

2. LOS LÍMITES DEL DERECHO AL ACCESO AL EXPEDIENTE POR EL INTERESADO

Salvo por la, hoy imprecisa, referencia al artículo 37.5 en el 84.1 LRJ-PAC, el derecho derivado de este segundo precepto y del apartado a) del artículo 35 no se vincula por la Ley citada a restricción alguna. Esta circunstancia no impide, sin embargo, que, en atención al carácter no absoluto de los derechos quepa cuestionarse qué límites presenta.

El derecho de información particular se ha vinculado, en su vertiente de acceso al expediente administrativo, con el previsto en el apartado h) del mismo precepto, afectado por la reforma operada por la citada LT, a tenor del cual, los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen derecho:

“h) Al acceso a la información pública, archivos y registros”⁵.

Al respecto, interesa traer a colación la definición del concepto de “información pública” que contiene el artículo 13 LT, en virtud del cual:

“Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título (entre los cuales se hallan las Administraciones Públicas en su más amplia concepción, como se constata en el artículo 2 LT) y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

Así entendida, no parece haber obstáculo alguno para incluir en el concepto de “información pública” el expediente administrativo, en la medida en que el mismo está integrado por “contenidos o documentos” que obran en poder de las Administraciones Públicas y que han sido “elaborados o adquiridos” por ellas a lo largo del procedimiento “en el ejercicio de sus funciones”.

En sentido coincidente, el artículo 70.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL, en adelante), dispone:

“Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las corporaciones locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, párrafo b, de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada”.

Así las cosas, parece sostenible que el derecho del interesado al acceso al expediente del procedimiento en que ostenta la condición de tal es una manifestación de un derecho más amplio del que son titulares los ciudadanos, no sólo los interesados: el derecho a acceder a los archivos y registros de las Administraciones Públicas (hoy también, cabe añadir, a la información pública), regulado en la actualidad por la LT y demás leyes que resulten de aplicación, *ex art. 37 LRJ-PAC*⁶. Tal derecho goza de reconocimiento al máximo nivel normativo de nuestro ordenamiento jurídico, al establecer el artículo 105.b) de la Constitución (CE, en adelante) que *“La Ley regulará: b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”*⁷.

Si esto fuera así (sin más consideraciones), no habría problema en mantener que le son aplicables los límites previstos en el artículo 14 LT. Ocurre, sin embargo, que el derecho al acceso por el interesado, a pesar de estar vinculado al principio de transparencia al que se asocia el derecho previsto en el artículo 105.b) CE y desarrollado en la LT, reviste unos caracteres propios que lo dotan de un fundamento constitucional exorbitante del expuesto y de un alcance igualmente diverso al de este último derecho.

No se trata tan sólo de que el interesado tenga la posibilidad legal de acceder a informaciones obrantes en procedimientos aún en tramitación, frente a lo que sucede con los ciudadanos en general, que sólo pueden ejercitar su derecho respecto de procedimientos terminados en la fecha de la solicitud⁸. Ha de destacarse, al respecto, que, en tanto los artículos 35 a) y 84.1 LRJ-PAC se refieren a los interesados como titulares del derecho de acceso, el artículo 37 del mismo cuerpo normativo alude al concepto más amplio de ciudadanos. Asimismo, hay que atender a la distinción entre procedimientos concluidos y procedimientos

en tramitación a efectos de la regulación del derecho de acceso por los interesados a los correspondientes expedientes administrativos.

La Disposición Adicional Primera LT, que lleva por rúbrica “*Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública*”, establece:

“1. *La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.*

2. *Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.*

3. *En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización”.*

Del apartado primero transcrito se desprende, *sensu contrario*, que la regulación, que podría calificarse de general, que del derecho de acceso realiza la LT sólo es aplicable a los “*ciudadanos*” que quieran conocer los documentos que formen parte de un procedimiento ya concluido a la fecha de la solicitud presentada con tal fin⁹. Esta regla recuerda a la contenida en el art. 37.1 LRJ-PAC, en su redacción anterior a la LT, que disponía en su apartado primero que:

“*Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud*”.

Por tanto, tratándose exclusivamente, de interesados que pretendan acceder a la información y los documentos que conforman el expediente de un procedimiento administrativo en curso, habrá que estar a la norma reguladora del procedimiento en cuestión, y no a la LT.

No obstante, de ser estas las únicas divergencias, podrían salvarse mediante la interpretación de que se trata simplemente de una ampliación del objeto del derecho en el caso de que el ejerciente sea el interesado; extensión que tiene cabida en el artículo 105.b) CE, en la medida en que no restringe el derecho a los procedimientos terminados. Más no es esta la salvedad esencial. La habilitación al interesado está

vinculada a dos derechos previstos en el artículo 24 CE: el derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa.

Conocer la información obrante en el expediente administrativo es preciso, con carácter general, para articular una intervención adecuada en defensa de los intereses del interesado en el procedimiento, al igual que lo es para decidir si, llegado el momento, se interponen los recursos procedentes, ya sea en vía administrativa o contencioso-administrativa¹⁰. Así se ha entendido por los órganos judiciales, caso de la STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 91/2009, de 30 de enero, que estimó vulnerado el “derecho a la información” derivado del artículo 35.a) en relación con el 37 LRJ-PAC como consecuencia de la denegación al interesado de la diversa información que solicitó, relativa al proceso selectivo mediante el sistema de libre acceso para el ingreso en la escala de Administración General del Cuerpo Superior de Administración de la Generalidad de Cataluña en que participó¹². Afirma el Tribunal que el demandante, a través de la solicitud, no pretendió formular recurso de alzada contra la calificación, *“sino hacerse con diversa documentación para poder examinarla y comparar la actuación administrativa llevada a cabo en su caso y en el de otros aspirantes y, caso de apreciarse alguna vulneración invalidante de la actividad administrativa calificadora, formular recurso de alzada. O dicho de otro modo, examinar si se podía ofrecer al órgano de revisión de la misma unos argumentos que, necesariamente, habrían de ser examinados o tenidos en cuenta a fin de resolver sobre el acierto de la calificación otorgada. (...)*

Además, este derecho se vulneró continuadamente, y comportó una indefensión para el aspirante en la medida en que el día antes de que finiera el plazo para interponer alzada se vio en la obligación de presentar un recurso carente de fundamento atendida la falta de entrega de la documentación solicitada (con una antelación prudencial para permitir su entrega, su examen y no agotar el plazo de interposición de la alzada), que, no hay que olvidar, era el único medio que tenía para controlar la actividad administrativa por una posible vulneración de las normas y principios a los que debe someterse la actuación administrativa. La vulneración de este derecho, que se ampara en un principio de transparencia de la actuación administrativa, propio de todo Estado de Derecho, ha comportado que el actor haya tenido que recurrir en sede jurisdiccional una resolución administrativa que -entre otras irregularidades- ni siquiera hace mención de la denegación (tácita) de ese derecho y cuya consecuencia ha sido impedir articular con propiedad una impugnación de la calificación tanto en vía administrativa como jurisdiccional, con la consiguiente indefensión que ello comporta”¹³.

El diverso fundamento del derecho al acceso al expediente administrativo en el caso de los ciudadanos en general (105.b) CE) y del interesado en particular (24 CE, además del anterior) impide que los límites del artículo 14 LT puedan aplicarse sin matizaciones al derecho derivado de los artículos 35.a) y 84.1 LRJ-PAC. Han de serlo de forma más restrictiva. La razón es que existe una diferencia sustancial entre el grado de protección que debe dispensarse a dos derechos fundamentales, como son el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, frente al propio de un derecho que, si bien se halla previsto constitucionalmente, no lo está en el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas ni, al menos actualmente, se ha derivado (como ha sucedido con el derecho a la protección de los datos de carácter personal) de una previsión incluida en éste¹⁴.

Lo anterior no excluye que el artículo 14 LT (y 15, como exponemos, en materia de protección de datos de carácter personal) sea referente necesario en lo tocante a los límites a que debe sujetarse el derecho al acceso al expediente por el propio interesado. Dado que los supuestos de fricción con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos son sustancialmente coincidentes con los que se plantean respecto del derecho de acceso a la información pública, las previsiones del artículo 14 están llamadas a orientarnos en la delimitación del derecho¹⁵. De hecho, tanto la doctrina jurisprudencial como la científica han acudido al artículo 37 LRJ-PAC (precedente de la LT), en su redacción original, cuando han abordado el supuesto de acceso por el interesado al expediente de un procedimiento en que ostenta tal condición, razón suficiente para que se acuda ahora a la LT, a la que aquél se remite¹⁶. Asimismo, cabe insistir en que el propio artículo 84.1 LRJ-PAC remite al artículo 37.5 LRJ-PAC.

Como ya anunciamos, en el caso de los procedimientos selectivos se plantea un conflicto entre el derecho al acceso y la reserva de datos correspondientes a sujetos distintos del interesado solicitante del acceso. Ello nos ubica en el ámbito del art. 15 LT, que lleva por rúbrica "*Protección de datos personales*" y que viene a suponer una regulación actualizada y coordinada con la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPDCP, en adelante) de las excepciones anteriormente previstas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 37 LRJ-PAC¹⁷. Dice así el mencionado art. 15 LT:

"1. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (datos de carác-

ter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, con las excepciones previstas en el artículo 7.2 de la misma Ley), *el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.*

Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual), o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevasen la amonestación pública al infractor, el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley.

2. *Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.*

3. *Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.*

Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

4. No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.

5. La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso”¹⁸.

Del régimen expuesto pasamos a ocuparnos en el siguiente epígrafe.

3. LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL COMO LÍMITE AL DERECHO DE ACCESO POR EL INTERESADO

En primer lugar, hay que destacar el indudable avance que la LT supone en lo tocante a la coordinación del derecho de acceso a la información pública con el derecho a la protección de los datos de carácter personal, puesta de manifiesto en el propio Preámbulo de la Ley. Frente a la situación anterior, que generaba no pocas dudas acerca de la aplicación del régimen de excepciones al derecho derivado del artículo 18.4 CE, la LT presta una atención particularizada al conflicto que puede plantearse entre ambos derechos y ofrece una serie de criterios para llevar a cabo la ponderación entre ambos¹⁹.

En lo tocante a la cuestión concreta objeto de análisis, el examen del fundamento normativo del acceso desde la óptica del derecho a la protección de los datos de carácter personal exige realizar una precisión terminológica acerca del término “interesado”, ya que “interesado” en el procedimiento administrativo e “interesado” en lo tocante al derecho derivado del artículo 18.4 CE no son equivalentes¹⁹. De acuerdo con el artículo 31 LRJ-PAC,

“Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a) *Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*

b) *Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*

c) *Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.*

En cambio, “interesado” (o “afectado”) en materia de protección de los datos de carácter personal es, de acuerdo con la definición que proporciona el artículo 3.e) LOPDCP, la “*persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo*”, es decir, el titular de los datos de carácter personal. Por tanto, todo “interesado” (procedimiento) será titular de ciertos datos obrantes en el expediente, los relativos a él (“interesado”-protección datos), pero no necesariamente de todos, ya que en un mismo procedimiento puede haber varios interesados (procedimiento) y varios interesados (protección de datos), que no tienen por qué ser coincidentes²⁰.

Se explica así que la facilitación a un interesado en el procedimiento de información obrante en el expediente pero relativa a personas distintas de éste se contemple por la AEPD como un supuesto de cesión de datos, ya que, a tenor del artículo 3.i) LOPDCP, es cesión “*Toda revelación de datos efectuada a persona distinta del interesado*”²¹. La solicitud de información relativa a otras personas, aunque se halle incorporada al mismo expediente en que es interesado el solicitante, no es, por tanto, un supuesto de ejercicio del derecho de acceso contemplado en el artículo 15 LOPDCP, pues éste se refiere a los datos propios del interesado (titular de los datos)²². Al igual que no son sinónimos “interesado” en el procedimiento y titular de los datos, tampoco lo son el “acceso” al expediente y a los datos de carácter personal²³.

En principio, la cesión precisa de consentimiento del interesado (artículo 11.1 LOPDCP). Sin embargo, el apartado segundo de este artículo excluye la necesidad de consentimiento en ciertos supuestos, entre los que se incluye (apartado a)), “*Cuando la cesión está autorizada en una ley*”. Esta previsión, conectada con el artículo 35.a) LRJ-PAC, ha servido de fundamento a la AEPD para afirmar la legitimidad del conocimiento por el presunto infractor en un procedimiento sancionador de la identi-

dad del denunciante, así como de una solicitud de acceso a un expediente correspondiente a un procedimiento de concurrencia²⁴.

Llegados a este punto, es preciso retornar al régimen establecido por el artículo 15 LT, que satisface el rango exigido a la normativa habilitante de la cesión sin necesidad de consentimiento del titular. El apartado primero distingue a estos efectos entre:

- Los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, con las excepciones previstas en el artículo 7.2 LOPDCP (ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado). En este supuesto no será necesario el consentimiento del afectado cuando éste hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a la solicitud de acceso.

- Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor, en cuyo caso no será necesario el consentimiento del afectado cuando el acceso esté amparado por una norma con rango de ley.

El apartado segundo se refiere a los datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano. El acceso a los mismos es la regla general, de modo que sólo queda vedado cuando en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida.

Tratándose de datos no especialmente protegidos, esto es, aquellos no incluidos en el art. 7 LOPDCP, la regla general es igualmente permitir el acceso a los mismos, tal y como resulta del apartado tercero del artículo 15 LT, eso sí, previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter

personal; ponderación en que deberán tenerse en cuenta en los criterios previstos en el precepto.

El artículo 15 LT establece una regulación plenamente ajustada al artículo 7 LOPDCP en lo tocante a los datos especialmente protegidos, y deja a salvo, en caso de datos no especialmente protegidos, la ponderación con los derechos de los afectados, sin limitarlo al derecho a la protección de los datos de carácter personal. En consecuencia, tal ponderación puede suscitarse también en relación con el derecho a la intimidad, que no ha de considerarse restringido en su alcance a los datos contemplados en el artículo 7 LOPDCP, pues es manifiesto que los datos relativos a la salud (artículo 8 LOPDCP) también se integran en el ámbito de cobertura del artículo 18.1 CE²⁵.

Esta remisión a la ponderación con el derecho a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal resulta adecuada y trasladable a los procedimientos en curso, a pesar de la ausencia de previsión normativa al respecto, si bien con un criterio inicialmente favorable a permitir el acceso. El motivo no es sólo que los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva no resultan compatibles con exclusiones formuladas en términos absolutos, sino también que, si ya del principio de transparencia se deriva que la información debe ser la tónica general y las exclusiones únicamente el régimen excepcional, aún más debe sostenerse esta afirmación en el caso del interesado, respecto del cual, no hay que olvidarlo, no se establecen expresamente las limitaciones de los artículos 14 y 15 LT (a salvo la remisión al 37.5 LRJ-PAC en el artículo 84.1 de la misma Ley), aunque quepa entenderlas aplicables en cierta medida. Las matizaciones del régimen del artículo 15 LT deben hacerse, por ello, siempre en beneficio del acceso del interesado y nunca para agravar las restricciones.

Así pues, con carácter general, el interesado ha de poder acceder a la totalidad de datos de carácter personal no especialmente protegidos obrantes en los expedientes administrativos correspondientes a procedimientos administrativos en que ostenta condición de tal, ya se trate de sus propios datos de carácter personal o de los de otras personas²⁶. Esta afirmación no se apoya en la existencia mantenida en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2005, frente a otros pronunciamientos (caso de la STSJ La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de abril de 2004), de “interés legítimo y directo” a efectos del entonces vigente artículo 37.3 LRJ-PAC, sino en el exclusivo derecho subjetivo o interés legítimo que sustenta la condición de interesado en el procedimiento²⁷. De hecho, incluso en la primera sentencia de

las señaladas se constata que, aunque se haga referencia al “interés legítimo y directo”, en realidad puede sostenerse que se trata del interés legítimo propio del interesado en el procedimiento, sin mayores exigencias²⁸. Y es que es precisamente esa condición de interesado la que cualifica al administrado en estos casos frente al ciudadano (administrado simple) del 37 LRJ-PAC y determina la existencia de otros derechos (defensa, tutela judicial efectiva) afectados. Ahora bien, lo expuesto no implica que el acceso por el interesado a datos de carácter personal obrantes en el expediente y correspondientes a otras personas no pueda ser limitado normativamente, en atención a otros bienes constitucionales que deberán ser ponderados con los derechos fundamentales indicados²⁹.

La anterior conclusión nos inclina por aplicar al acceso por el interesado en los procedimientos en curso, a falta de normativa específica, el juicio de ponderación que prevé el artículo 15.3 LT³⁰.

4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y ACCESO POR EL INTERESADO

Llegados a este punto, es posible establecer una serie de pautas para resolver, cuando se plantee y a falta de regulación específica del derecho de acceso al expediente administrativo en los procedimientos en curso, el conflicto entre el derecho de acceso y los derechos a la intimidad y la protección de los datos de carácter personal³¹. Tales criterios son una consecuencia de la aplicación de los subprincipios del principio de proporcionalidad³².

Estos criterios son los siguientes:

1. Con carácter general, la ponderación debe ser favorable al acceso, ya que, frente a lo que sucede en el caso de acceso por no interesados en el procedimiento o administrados simples, al derecho fundamental a la intimidad o a la protección de los datos de carácter personal no se opone únicamente un principio constitucional o derecho en principio no fundamental (como es el recogido en el artículo 105.b) CE), sino que a éste se suman dos derechos fundamentales³³. En particular, no resulta admisible que se deniegue el acceso como consecuencia de la presunción de comportamientos ilícitos por parte del solicitante³⁴. Y lo mismo debe sostenerse respecto de las prevenciones frente a una generalización de

peticiones de interesados en procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva³⁵.

Entendemos que, como manifestación de lo expuesto, la inevitable casuística en que ha de incurrir el órgano administrativo que deba resolver la solicitud de acceso al determinar si los datos solicitados entran o no en la categoría de “íntimos” debe inclinarse por la excepcionalidad de esta calificación, es decir, por reservarla a supuestos que ofrezcan pocas dudas o las menos posibles³⁶. A este respecto, la voluntad de mantener la confidencialidad por parte del titular de los datos podría ser un factor en la ponderación, por lo que no resultaría desaconsejable advertir a los interesados de que los datos que aporten se incorporan a un procedimiento administrativo, sujeto al 35.a) LRJ-PAC, y permitir que dejen constancia de la voluntad reacia, o no, a facilitar el conocimiento de la información³⁷.

2. El acceso ha de permitirse, respecto de datos de interesados distintos del solicitante cuando la medida (el acceso) sea idóneo. En este sentido, resultaría inidóneo, verbigracia, el acceso a los documentos que acreditan los méritos de los interesados cuando lo que plantea el solicitante es su disconformidad con su calificación en el examen de oposición.

Igualmente, es inidónea la solicitud cuando la información solicitada no obra en el expediente, pues queda fuera del ámbito de aplicación del derecho de acceso³⁸. Aunque se trata de algo elemental, reviste interés señalarlo, por su relevancia en supuestos, si bien diversos del abordado en este trabajo, como el de solicitud por el denunciado de la identidad del denunciante, respecto del cual la AEPD ha mantenido que si la denuncia no forma parte del expediente (como ocurre en los procedimientos sancionadores en materia tributaria) no habrá obligación de facilitar la información derivada de ésta³⁹.

Supuesto distinto de la inidoneidad es que la Administración deniegue el acceso por estimar que la información solicitada es inútil, de resultas de una suplantación de la valoración de las posibilidades jurídicas que corresponde al interesado⁴⁰. Cuando nos referimos a la idoneidad, se trata simplemente de apreciar la conexión entre el propósito de la solicitud y la finalidad perseguida, que han de estar relacionados, y no de enjuiciar la utilidad que para ese propósito reviste la información solicitada, ya que ello supondría una apreciación subjetiva que no se corresponde con el carácter objetivo que se atribuye al subprincipio de idoneidad.

2. El acceso debe ser necesario. Si la reclamación que motiva el acceso puede ser resuelta por otra vía igualmente adecuada a Derecho y garantista pero que no suponga el acceso, ha de optarse por ésta. Tal sería el caso de que las posibles dudas acerca de la corrección de la evaluación pudieran solventarse por medio de alegaciones acerca de los extremos cuestionados por el, en su caso, solicitante y respondidas por el órgano encargado de la resolución del procedimiento.

3. El acceso debe ser proporcionado en sentido estricto. A este respecto, como pauta general, el criterio debe ser más favorable a suministrar información generada en el propio procedimiento que preconstituida (preexistente al procedimiento e incorporada a éste)⁴¹. Otra buena pauta en este sentido la proporciona el artículo 15.3 LT, que ofrece como criterios para la ponderación “c) *El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos*” y “d) *La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad*”. Es decir, debe atenderse al grado de afección que comporta el contenido de la información que se solicita.

A este respecto, la ponderación a que responde la aplicación del principio de proporcionalidad hace necesario que el solicitante concrete la información que pide y explicita los motivos que le conducen a reclamar esa información en particular⁴². De otro modo, ante una petición genérica, ayuna de cualquier explicación, resulta adecuado que la ponderación de los intereses en conflicto se decante por el derecho a la intimidad y/o a la protección de los datos de carácter personal, dada la carencia de argumentos que justifiquen la prevalencia, apriorística, pero no absoluta, del derecho de acceso.

Por otra parte, los datos que se faciliten deben ser únicamente aquellos que resulten adecuados a la finalidad de la solicitud de acceso, por lo que consideramos apropiado, o bien facilitar copias expurgadas de los documentos, de las que se excluyan los datos íntimos o personales irrelevantes para la finalidad de la solicitud, o bien, preferiblemente, remitir certificados en que se hagan constar los datos de interés para el solicitante, excluidos los irrelevantes, todo ello bajo la responsabilidad del funcionario correspondiente en cuanto (y solamente por lo que se refiere) a la exactitud de la información facilitada⁴³.

En todo caso, la resolución denegatoria debe ser motivada, en línea con lo reclamado en los artículos 20.2 LT (que añade que también

han de serlo las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero) y 70.3 LRBRL, por tratarse de una resolución limitativa de derechos subjetivos (artículo 54.1.a) LRJ-PAC)⁴⁴. Motivación que, aunque no se diga expresamente, necesariamente ha de comprender la identificación de los datos que se consideran relativos a la protección de los datos de carácter personal o intimidad de las personas⁴⁵.

En cuanto al procedimiento para hacer valer el derecho de acceso, a falta de una regulación específica, cabe entender que se ejercerá a través de solicitud de acceso integrada en el marco del procedimiento a que correspondan las informaciones solicitadas. Dado que la solicitud puede ser genérica, al amparo del artículo 35.a) LRJ-PAC, la Administración deberá responder a dicha solicitud, con expresión de los datos que estima íntimos o sujetos a otra limitación y, por tanto, no facilitables en el marco del derecho de acceso genérico (equivalente al de los ciudadanos en general respecto de procedimientos concluidos)⁴⁶. La contestación a la solicitud, igualmente, habrá de indicar al solicitante que, en atención a la finalidad perseguida (interponer recursos, formular alegaciones), podrían serle facilitados todos o algunos de los datos excluidos, en aras a su derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva. De resultas de ello, será admisible la reiteración de la solicitud, con concreción en esta nueva de los datos inicialmente excluidos que solicita y el motivo para ello, de modo que se permita una nueva valoración por la Administración. Aun cuando se trate de actos de trámite enmarcados en un procedimiento principal, resultarían, en su caso, recurribles en vía administrativa, al amparo del 107 LRJ-PAC, en función de la indefensión o perjuicios irreparables que pueda originar su denegación.

Un ejemplo de gran parte de lo que venimos manteniendo puede apreciarse en la STSJ Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 745/2007, de 27 de septiembre de 2007, en que se aborda un supuesto de desestimación por silencio negativo de la solicitud de información sobre el propietario y dirección, de la oveja, con base en la afirmación de haber sufrido un accidente de circulación en que colisionó con tal animal, con resultado dañoso, y se concluye que *“En el presente caso, es obvio que la intimidad personal no se ve afectada por el suministro de la información, y el carácter de interesado del actor en obtenerla por lo que la infundada conducta negatoria de la Administración vulnera el derecho al acceso a los archivos y registros administrativos recogido en el art. 105 B) CE y art. 35 de la Ley 30/92 privando al interesado de los elementos necesarios para la defensa judicial de sus derechos e intereses ya que el acceso a la información re-*

servada se solicita para poder consultar su contenido y sus posibilidades jurídicas de entablar acciones administrativas, judiciales criminales ó civiles, derecho de acceso a archivos y registros que solo puede ser negado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección ó cuando así lo disponga una Ley y circunstancias cuya concurrencia habrá de acreditar la Administración que las invoque debiendo en estos casos de dictarse resolución motivada, extremos que no concurren en el caso presente en que la resolución denegatoria del acceso al expediente no ha sido siquiera motivada.

Procede por lo tanto la estimación del presente recurso y se le facilite a la recurrente la información solicitada”.

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Comunicación de datos incorporados a un expediente administrativo. Informe 197/2006”

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Acceso a expedientes de admisión de alumnos. Informe 0203/2009”.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) I*, Civitas, Madrid 1997.

GUICHOT REINA, E. (coordinador), *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid 2014.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa”, VVAA, *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005.

MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid 1998 (segunda edición).

OLMEDO PALACIOS, M., “La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Diario La Ley*, n.º 8237, 27 de enero de 2014.

REY MARTÍNEZ, F., “Quod omnes tangit ab ómnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 33, 2004.

SOLOVE, D.J., *Understanding privacy*, Harvard University Press, Massachusetts 2008.

VVAA, *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1993.

NOTAS

1 Esta problemática no es sino una vertiente de la más general planteada por el acceso a la información pública, actualmente regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT, en adelante). Acerca de dicha norma, entre otras obras, GUICHOT REINA, E. (coordinador), *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid 2014, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 33, 2014 (monográfico) y OLMEDO PALACIOS, M., “La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Diario La Ley*, n.º 8237, 27 de enero de 2014.

2 No podemos compartir la postura doctrinal que aprecia en el apartado a) un aspecto del derecho de los ciudadanos a obtener información limitado a conocer el estado de tramitación, frente al apartado h) (obtener información acerca del contenido de un expediente administrativo), VVAA, *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común I*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p.196, pues el apartado a) comprende también el derecho a obtener copias, de modo que se configura como una aplicación específica y particularizada al interesado del derecho previsto respecto de la generalidad de los ciudadanos en el apartado h).

3 La remisión al artículo 37.5 LRJ-PAC, que no ha sido suprimida por la LT, se hará aparentemente al vacío a partir de la entrada en vigor de esta última (11 de diciembre de 2014, de acuerdo con su Disposición Final Novena), ya que el artículo 37 LRJ-PAC se reduce a un único apartado de remisión a la LT. Sin embargo, dada tal remisión y que el contenido del apartado quinto de dicho precepto se ha recogido en el artículo 14.1 LT, habrá de entenderse que la exclusión prevista en el artículo 84 LRJ-PAC se mantiene, a pesar del contenido de la Disposición Adicional Primera LT. Ahora bien, cabe plantearse la duda de si la exclusión se limita a las materias relacionadas en el derogado apartado quinto del artículo 37 LRJ-PAC o se amplía a todas las enunciadas en el artículo 14.1 LT, como las relaciones exteriores, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva o la protección del medio ambiente. Al respecto, somos de la opinión de que la interpretación ha de ser restrictiva y constreñir las limitaciones a las materias del 37.5 LRJ-PAC, ya que las mismas afectan a un derecho fundamental, como expondremos seguidamente, de modo que cualquier hermeneusis acerca de sus límites ha de ser restrictiva. Ello sin perjuicio de que, en virtud de la fricción con otros derechos fundamentales, puedan aplicarse limitaciones distintas de las contempladas en el artículo 37.5 LRJ-PAC, siempre previa ponderación de los intereses en conflicto.

En este sentido, debe señalarse que la LT opta por un tratamiento más flexible en la apreciación de los límites, pues mientras conforme al artículo 37.5 LRJ-PAC, siempre que el derecho de acceso afecte a alguno de los expedientes a que hacía referencia, su ejercicio queda vedado, la aplicación de los límites que prevé el artículo 14.1 LT *“será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”* (apartado segundo del precepto). De esta forma, previo juicio de ponderación efectuado a la luz de las peculiaridades del caso, se podrá admitir el ejercicio del derecho de acceso aun cuando se refiera a alguna de aquellas materias.

4 Así se ha entendido por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD, en adelante), en un supuesto como el que nos planteamos de acceso por un interesado en un procedimiento de concurrencia a información que comprende datos de carácter personal de otras personas, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Acceso a expedientes de admisión de alumnos. Informe 0203/2009”.

Respecto de la limitación del artículo 37.5 LRJ-PAC, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ, en adelante) de Extre-

madura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 745/2007, de 27 de septiembre de 2007, se afirma que este *“derecho que ha sido interpretado por la Jurisprudencia en el sentido, de que sólo puede limitarse en aras a proteger el derecho a la intimidad de las personas, por lo que cumpliendo la solicitud de información, con los requisitos exigidos por el artículo 37 citado, la Administración deberá dar acceso a la información solicitada, cuando no existan los motivos que restrinjan el derecho a obtener información sobre datos que obren en su poder”*.

5 La redacción originaria del precepto, modificada por la Disposición Final Primera LT, preveía el derecho *“Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes”*. Cabe señalar que, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de junio de 2014, si bien la reforma del artículo 37 LRJ-PAC por la Disposición indicada no está literalmente afectada por la demora en la entrada en vigor de la LT, el nuevo texto del artículo 37 demuestra que la reforma de éste no puede entrar en vigor (en materia de acceso a la información pública) hasta que lo haga la propia LT, ya que su texto se remite a ella.

6 Actualmente, tras la modificación operada en la LRJ-PAC por la reciente LT (Disposición Final Primera), el art. 37 LRJ-PAC se limita a disponer que *“Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación”*.

7 En este sentido, en MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid 1998 (segunda edición), pp.28-30, se atribuye al artículo 105.b) el carácter de medio de control de la actuación administrativa en un doble aspecto: el vinculado al interesado en cada concreto procedimiento administrativo, en la medida que puede reconocerse su derecho a conocer el contenido concreto y puntualmente del mismo, y el más amplio relativo al derecho de los ciudadanos a estar informados del funcionamiento ordinario y cotidiano de la Administración.

Cabe destacar que, como se advierte en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2005, tanto la jurisprudencia constitucional como del Tribunal Supremo, han afirmado que la remisión a la ley no impide que el artículo 105.b) CE esté dotado de un contenido propio y efectivo que el legislador y aplicador no pueden desconocer.

8 Limitación que ha recibido objeciones de la doctrina, para consulta de las cuales puede acudir a MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho...*, cit., pp.140-141.

9 La diferencia que implica desde la óptica del acceso a la información administrativa la condición de ciudadano o interesado se pone de manifiesto en la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de junio de 2011.

10 Esta conexión es advertida en MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho...*, cit., pp.110-111.

11 Concretamente solicitó: a) Las actas de las sesiones del tribunal calificador; b) en caso de que no consten en dichas actas, los documentos en que consten los criterios de corrección que debía emplear el tribunal calificador, así como cualquier otro tipo de indicación complementaria para efectuar la corrección de los ejercicios en cuestión; c) el primer ejercicio de la tercera prueba que realizó; d) los documentos donde consten las correcciones, valoraciones, puntuaciones o cualquier otro tipo de observaciones efectuadas por los miembros del tribunal calificador que hayan corregido su primer ejercicio de la tercera prueba, relacionados con la corrección de dicho ejercicio, el cual consta calificado en las listas hechas públicas como “NO APTO”; e) el primer ejercicio de la tercera prueba realizado por 10 participantes (5 que hayan participado en el ámbito general y 5 diferentes de los anteriores, que hayan participado en el ámbito jurídico) que en este primer ejercicio de la tercera prueba hayan desarrollado el tema relacionado con el control de la constitucionalidad de las leyes y que hayan sido declarados aptos con una puntuación entre 5.000 y 5.500, con respecto a este primer ejercicio de la tercera prueba; f) los documentos donde consten las correcciones, valoraciones, puntuaciones o cualquier otro tipo de observación efectuada por los miembros del tribunal calificador en relación con la corrección del primer ejercicio de la tercera prueba de estos 10 participantes.

Esta pretensión coincide sustancialmente con la abordada por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2005, relativa a una oposición de acceso al Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales.

12 No es posible compartir la afirmación de la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de marzo de 2008, de que “*el artículo 35 de la Ley 30/1992 no ampara dicho derecho de acceso porque nada dice en torno a que uno de los aspirantes tengan derecho de que se le suministren los documentos que en un proceso selectivo hayan aportado los demás aspirantes*”,

pues sucede justamente lo contrario, esto es, que el artículo 35.a) LRJ-PAC no establece salvedad alguna al régimen general de acceso por el hecho de que el proceso sea selectivo.

13 Coincidimos, no obstante, con la conclusión de que el derecho al acceso a la información pública es un derecho fundamental, postura mantenida en REY MARTÍNEZ, F., “Quod omnes tangit ab ómnibus cognitum es-se debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2004, p.17.

14 Máxime cuando en su Preámbulo se indica que entre las deficiencias de que adolecía la regulación del derecho de acceso contenida en la LRJ-PAC se incluía “*estar limitado* (el referido derecho de acceso) *a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados*”.

15 Así, en un supuesto de solicitud por el interesado de autorización para acceder a diversos archivos y que se le facilitaran diversas fotocopias compulsadas de sus informes personales de calificación de los últimos 5 años, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 682/2005, de 27 de abril (FJ 3), tras partir del artículo 35.a) y 37.1 LRJ-PAC, se apoya en los apartados 5 y 6.a) del 37 para confirmar la procedencia de la denegación.

Ello no obstante, debe destacarse que en AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Acceso a expedientes de admisión de alumnos. Informe 0203/2009”, referido, como hemos expuesto, al supuesto que nos planteamos, el acceso se considera amparado por los artículos 35.a) y 84 LRJ-PAC, sin que se haga referencia alguna a la existencia de límites derivados del artículo 37, distintos del previsto en el apartado 5 de este último. En este sentido, en un informe acerca del “Derecho de acceso por parte de los aspirantes no seleccionados a la documentación obrante en expedientes de selección personal, y más en concreto a la documentación aportada por los aspirantes para acreditar los méritos a valorar en el proceso selectivo”, emitido por el SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES DE LA DIPUTACIÓN DE BADAJOZ, se contempla la posible interpretación del artículo 35.a) LRJ-PAC como exento de los límites del 37, al no haber previsión de expresa de su aplicación al supuesto recogido en el primero, si bien rechaza tal hipótesis en aras de la “*prudencia administrativa*”, informe disponible en http://www.dip-badajoz.es/ficheros/gestordocumental/sael/370_cj_09_--proc-select.pdf.

Frente al criterio de la AEPD mencionado, en el anterior AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Comunicación de datos incorpora-

dos a un expediente administrativo. Informe 197/2006”, tras afirmar el derecho del denunciado a conocer la identidad del denunciante, se mantiene que *“sería posible entender que de este derecho debe excluirse el derecho a la obtención de copias de documentos respecto de los que el artículo 37 de la Ley 30/1992 impide su consulta, entre los que se incluyen aquellos que contengan datos “referentes a la intimidad de las personas” y aquellos “documentos de carácter nominativo”*”.

16 Acerca del derecho a la protección de los datos de carácter personal, Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, y, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa”, VVAA, *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, entre otros múltiples referentes doctrinales.

17 El artículo 37 LRJ-PAC, en su redacción anterior, disponía que

“2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada”.

18 Así, se puso de manifiesto que la LRJ-PAC y la entonces vigente Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD, en adelante, derogada por la actual LOPDCP), publicada en el BOE 27 días antes que la primera, *“no están conectadas, (...) se han ignorado recíprocamente. Lo cual puede plantear problemas”* GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administra-*

ciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) I, Civitas, Madrid 1997, p.695. Al respecto, no podemos compartir el criterio expresado en MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho...*, cit., pp.246 y 247, de que ambas normas (aunque el autor se refiere a la LORTAD, cabe extender sus consideraciones a la LOPDCP) operaban en ámbitos diferentes, ya que el expediente administrativo, como conjunto ordenado de documentos y actuaciones correspondientes a un procedimiento administrativo, entraña tratamiento de datos (definido en el artículo 3.c) LOPDCP como “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”) y se halla, por ende, incluido en el ámbito de aplicación de la LOPDCP, que comprende, de acuerdo con su artículo 2.1, los “datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

19 La LT, posiblemente para evitar una eventual confusión en el sentido apuntado, no emplea el término “interesado”, sino el de “afectado”, que no se corresponde con el utilizado en la normativa que se ocupa de la protección de los datos de carácter personal, si bien cabe entender que su uso lo es como sinónimo del de “interesado”.

20 Es más, las personas jurídicas sí pueden ser interesadas a efectos del procedimiento (al igual que se sostiene que deben quedar incluidas en la expresión “ciudadanos” del artículo 37 LRJ-PAC, MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho...*, cit., p.192), en tanto no lo son a efectos de la LOPDCP, que las excluye de su ámbito subjetivo.

21 El criterio referido se aprecia en AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Comunicación de datos...”, cit., y “Acceso a expedientes...”, cit. Debemos, por ello, discrepar del criterio de la Administración, respecto del cual realiza su análisis la STSJ Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 745/2007, de 27 de septiembre de 2007, que se acoge al artículo 6 LOPDCP (que se ocupa del consentimiento del afectado) para limitar el acceso a la información por el interesado.

Ha de tenerse presente, en todo caso, que, como se encarga de advertir la propia Agencia, los informes de la AEPD únicamente abordan las cuestiones planteadas desde la óptica de la LOPDCP, sin entrar a analizarla a la luz de la normativa reguladora del acceso a archivos y registros, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Comunicación de datos...”, cit.

22 Así se afirma en AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Comunicación de datos...”, cit.

23 En conexión con ello, cabe señalar que cuando la LT, en su artículo 15, se refiere al acceso a la información pública en relación con el derecho a la protección de los datos de carácter personal ha de entenderse que el acceso, desde la óptica de este segundo derecho, implica una cesión de datos, por los motivos señalados.

24 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Comunicación de datos...”, cit., y “Acceso a expedientes...”, cit.

25 Un análisis de las múltiples teorías acerca de la delimitación del derecho a la intimidad se realiza en SOLOVE, D.J., *Understanding privacy*, Harvard University Press, Massachusetts 2008.

De hecho, existen pronunciamientos jurisdiccionales que realizan una interpretación calificable de excesiva del alcance del derecho a la intimidad en supuestos como el que sirve de objeto de estudio. Así, la STSJ Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de febrero de 2000, se hace eco de una sentencia precedente de la Sala del TSJ Madrid en que se afirma que el examen de los expedientes correspondientes a un concurso afecta a datos referentes a la intimidad de las personas, como los correspondientes a su expediente académico, currículum, etc. De compartir este criterio habría que concluir que, por regla general, no debería admitirse en caso alguno el acceso a datos obrantes en un expediente administrativo de un procedimiento selectivo y de concurrencia competitiva cuando éstos se refieran a otras personas distintas del solicitante, lo que debe rechazarse, en línea de principio, atendido el derecho de defensa que asiste al interesado en el procedimiento en que solicita los datos.

26 Este criterio está presente en AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Acceso a expedientes...”, cit.

27 La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2005, se apoya para llegar a la conclusión referida en varias circunstancias: la correspondencia de los documentos solicitados al procedimiento selectivo en que tomó parte (concreción que califica de “*significativa por sí misma*”), la utilización de los ejercicios para resolver sobre la calificación y, en consecuencia, de la adjudicación de las plazas en disputa, y el propio escritos que se dirigen por y en representación del demandante, en que señala la trascendencia que atribuye a tales documentos. Frente a ello, la STSJ La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo,

de 28 de abril de 2004, rechaza la existencia de interés legítimo y directo en el solicitante, debido al tiempo transcurrido desde la realización de los ejercicios y a que no se acreditó que en el momento de la solicitud de la información existiera un procedimiento abierto donde pudiera surtir efectos dicha información.

28 Afirma la sentencia que *“Considera la Sala que, si el interés legítimo y directo a que alude el artículo 37.3 de la Ley 30/1992 se mide por la posibilidad de que el acceso a los documentos depare a quien lo pretende un beneficio o provecho o le sirve para evitar o disminuir un perjuicio, es evidente que el Sr. José lo posee. Tanto por el mero efecto derivado del conocimiento del contenido de esos documentos, determinante para explicar el resultado de la oposición, como porque, en función del mismo, aunque ya no pueda interponer recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución que puso fin al proceso selectivo, eso no significa que no tenga a su disposición otras vías jurídicas para reaccionar contra lo que entienda que es injusto”*. Debe destacarse que, como se pone de manifiesto en el pronunciamiento referido, de haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo, el recurrente habría tenido a su disposición todos los ejercicios.

29 Aunque no obedece al supuesto que nos planteamos, es lo que entendemos que sucede en la “información reservada” del artículo 28 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. No obstante, debe tenerse presente que, como mantiene la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 471/2006, de 24 de mayo: *“no existe norma legal conforme a la cual la información reservada a que se refiere el art. 28 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado tenga, una vez terminada, el carácter secreto que pretende darle la Administración; la información reservada, tiene por finalidad evitar la incoación de expedientes disciplinarios por el simple rumor o la vaga sospecha de la comisión de un hecho sancionable, por ello se faculta al órgano competente para la incoación de un procedimiento sancionador, que pueda acordar la instrucción de una información reservada antes de decidir si incoa ó no el procedimiento sancionador; la información tiene por lo demás sentido que sea reservada mientras se realiza, para no perjudicar la investigación, pero una vez terminada, nada impide que en los términos establecidos en la Ley, el recurrente, en su condición de interesado, –condición que después examinaremos– pueda tener acceso a ella”*.

30 A este precepto se acude en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2005.

31 Aunque el artículo 35.a) LRJ-PAC satisface el requisito de habilitación legal del artículo 11.2.a) LOPDCP, ello no excluye que deba realizarse una ponderación con el derecho a la protección de los datos de carácter personal, dado que la necesidad de consentimiento del interesado es la regla general y las salvedades, a pesar de contar con amparo legal, deben interpretarse restrictivamente.

32 Supuesto distinto es el previsto en el artículo 15.4 LT, aplicable al supuesto objeto de estudio (*“No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas”*). En este caso se excluye la afeción al derecho a la protección de los datos de carácter personal, al perder la cualidad de identificadores de la persona que es requisito para que ostenten su condición de tales.

33 De hecho, el acceso es la norma general desde la óptica del derecho de acceso a la información pública.

34 Compartimos plenamente la afirmación de la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2005, de que *“no cabe oponer, como hace el Letrado de las Cortes Generales, las consecuencias que se podrían producir en función de la utilización que el recurrente haga del conocimiento que va a obtener y de las copias que va a recibir. De ello será, ciertamente responsable el propio actor, pero no hay razón para presumir que va a conducirse de manera antijurídica”*.

35 En este sentido interpretamos las referencias de la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2005 a que *“en cuanto a las consecuencias funcionales que pudiera tener para la Administración la posibilidad de que se generalice el proceder que aquí contemplamos, debemos reiterar que no podemos manejar hipótesis de futuro. Por otra parte, el mismo artículo 37 y las normas y principios generales del ordenamiento ofrecen medios para hacer frente a solicitudes que afecten a la eficacia de los servicios públicos o que, por su carácter absurdo, desproporcionado o contrario a la buena fe, no deban ser atendidas. Circunstancias todas ellas ausentes de la pretensión formulada en este recurso”*.

36 A este respecto, en MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho...*, cit., p.213, se plantea *“la utilidad de establecer, en la normativa de desarrollo del artículo 105.b) de la Constitución, un órgano administrativo independiente y especializado en materia de acceso a archivos y registros administrativos, cuya actuación, subsiguiente a la previamente efectuada por la respectiva Administración, sea previa a la jurisdiccional”*.

37 El valor de dicha reticencia debe ser, a nuestro entender, el de un factor más en la ponderación, pero no el de habilitador, por sí solo, a la Administración para denegar el acceso. Debemos discrepar, por ello, del criterio mantenido en AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Comunicación de datos...”, cit., a tenor del cual *“si el denunciante ha manifestado expresamente su deseo de confidencialidad o a juicio de la Unidad que deba resolver se entiende la necesidad de garantizar la identidad del denunciante en condiciones de confidencialidad, podrá denegarse el acceso solicitado”*.

38 Esta posibilidad se la plantea la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2005. La reciente STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de julio de 2014, recuerda la inaplicabilidad del acceso al expediente a los documentos que no forman parte del mismo.

39 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Comunicación de datos...”, cit.

40 A este respecto, resultan extrapolables, aunque se refieran a la solicitud de información por el denunciado de información relativa al denunciante, las consideraciones efectuadas en la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 471/2006, de 24 de mayo, de que *“tal como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999, la Administración no puede negar legitimación al recurrente so pretexto de la inutilidad de la información que solicita por no haberse iniciado en el caso presente expediente disciplinario, ya que (...) ello supondría –según señala la Sentencia citada– vincular la posibilidad de obtener la información útil para ponderar las posibilidades jurídicas de ejercicio de una pretensión al parecer administrativo sobre la efectiva titularidad del derecho o del interés legítimo hacia el conocimiento de cuyos presupuestos van dirigidas las averiguaciones. Con ello resultaría sacrificada la función instrumental de la información en aras del criterio de fondo de la Administración sobre el objeto a que la misma se refiere y, de este modo, al privar al interesado de los elementos para tomar por sí mismo su decisión y devenir así inútil el derecho de acceso a los archivos y registros públicos (suplantado por el parecer de la Administración sobre la posible utilidad de su resultado), se vulneraría su núcleo esencial, no dependiente de la configuración legal de su ejercicio”*.

41 Supuesto distinto es que los datos sean aportados al procedimiento por un tercero. En relación con ello, se mantiene en la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 471/2006, de 24 de mayo, que los “datos referentes a la intimidad” *“nada tiene que ver con unas declaraciones prestadas y un informe emitido en el seno de un expediente preliminar o preparatorio, respecto de un procedimiento disciplinario, cuya finalidad es depu-*

rar de manera previa, mediante las averiguaciones indispensables, si concurren indicios suficientes para la iniciación de un procedimiento disciplinario, y en que las diligencias practicadas y declaraciones prestadas en el mismo no son patrimonio de las personas que las emiten ni de su exclusivo conocimiento”. Entendemos, no obstante, que, conducida por el sentido de la exclusión del artículo 37.2 LRJ-PAC, que es mantener los “datos relativos a la intimidad” en la esfera exclusiva de las personas a que corresponden, la sentencia citada se guía por un criterio patrimonialista inadecuado, a nuestro juicio, pues los informes o declaraciones practicados en el procedimiento pueden ser vía de entrada de informaciones íntimas que, como señala la jurisprudencia constitucional que recoge la propia sentencia, son “*datos referidos a las facetas reservadas de la vida de las personas, referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo, ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana*”. Limitar la calificación de íntimos a los datos “patrimonio” de las personas o de su exclusivo conocimiento supondría dejar desprotegidos datos que, refiriéndose igualmente a aspectos íntimos de una persona, son conocidas por otras distintas.

42 En esta línea, resulta más adecuado el razonamiento que sigue el citado anteriormente de la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de marzo de 2008, según la cual “*No cabe dudar de que también a los demás se ha extendido la exigencia formal de la base 7.4.2.A de la convocatoria, debiendo aclararse que la aportación de aquellas programaciones didácticas de otros aspirantes solamente sería decisiva si la queja se condujese por la vía de alegar que se habían valorado de manera desigual aquellas programaciones, sin justificación, lo que no se ha hecho*”.

43 Así, en MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho...*, cit., pp.164 y 165, en referencia genérica al derecho de acceso, se plantea la posibilidad de deslindar el contenido de los datos de la identificación del ciudadano afectado, a fin de permitir el acceso a datos íntimos protegiendo al mismo tiempo la intimidad.

El artículo 16 LT, en esta línea, dispone que “*En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida*”.

Por otra parte, la posibilidad disyuntiva entre copias y certificados se contemplaba en el artículo 37.8 LRJ-PAC.

44 En el artículo 37.4, que preveía la motivación, se apoya la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 471/2006, de 24 de mayo para mantener que la Administración debió hacer constar la colisión que, a tenor de la contestación a la demanda, advirtió entre la solicitud de información por el denunciado de información obrante en el expediente disciplinario y el derecho a la intimidad de terceros. En sentido coincidente, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2011. La exigencia de motivación también se mantiene en AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Comunicación de datos...”, cit.

45 Así viene a reclamarlo, aunque sea en relación a la contestación a la demanda, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 471/2006, de 24 de mayo.

46 Entendemos que, aunque se apoya en el artículo 6 LOPDCP, es aplicable la exigencia que se plantea en la STSJ Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 745/2007, de 27 de septiembre de 2007, de que la entidad que pretenda ampararse en la norma para negar la información, tratándose del interesado (a efectos del artículo 6 LOPDCP), debe indicar qué concreto bien o derecho se verá atacado o desprotegido por la información.

UN CAMBIO COYUNTURAL PARA LOS
DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO
(BREVES ACOTACIONES A LA REFORMA DE
JUNIO DE 2011)

A CYCLICAL CHANGE FOR
HUMAN RIGHTS IN MEXICO
(BRIEF NOTES TO THE REFORM OF JUNE 2011)

Luis Fernando Contreras Cortés

Maestro en Derecho y Doctorado por la Universidad Juárez del Estado de Durango (México). Profesor investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango(México). fercontre_fc@hotmail.com

María del Carmen Contreras Cortés

Maestra en Derecho por la Universidad Juárez del Estado de Durango (México). Doctoranda por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). mcarmen.contreras2@alu.uclm.es

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. REFORMA CONSTITUCIONAL DE JUNIO DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: a) Artículo 3º; b) Artículo 11; c) Artículos 15 y 105; d) Artículo 18; e) Artículo 29; f) Artículo 33; g) Artículo 89, y h) Artículos 97 y 102. IV. ARTÍCULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: a) Reconocimiento constitucional de los tratados internacionales; b) Principio de interpretación conforme y principio pro persona (*pro homine*); c) Párrafo tercero, y d) Clausula de no discriminación con base en preferencias sexuales. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN:

La finalidad del presente ensayo es acercar al lector al conocimiento e importancia de la reforma en materia de derechos humanos de diez de junio de dos mil once. Para el logro de nuestro objetivo efectuaremos una aproximación a los antecedentes que consideramos dieron origen a la citada reforma; de la misma manera, realizaremos un análisis mínimo de cada uno de los preceptos constitucionales que fueron modificados con motivo de la reforma materia de nuestro estudio.

PALABRAS CLAVE:

Derechos humanos, tratados internacionales, interpretación, aplicación.

ABSTRACT:

The purpose of this essay is to bring the reader to the knowledge and importance of the reform on human rights of June tenth of two thousand eleven. To achieve our goal we will make an approach to the background that we consider originated this reform; in the same way, we will have a minimal analysis of each of the constitutional precepts that were modified by reason of the reform matter of our study.

KEY WORDS:

Human rights, international agreements, interpretation, application.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de diez de junio de dos mil once, en materia de derechos humanos, vino a marcar históricamente a nuestro país en esta materia, pues indudablemente se ha convertido en un referente permanente de la opinión pública nacional e internacional, al ser una de las más innovadoras y trascendentes en los últimos años, que ha cambiado y sigue cambiando tanto la concepción, como la forma de aplicación e interpretación de los derechos humanos en México.

Es por ello, que durante el desarrollo del presente ensayo señalaremos las modificaciones llevadas a cabo a los diversos artículos de la Constitución en materia de derechos humanos, asimismo, realizaremos algunas acotaciones respecto a los mismos, concretamente, nos ceñiremos a los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B y 105 fracción II de la citada Ley Fundamental.

En esa tesitura y en virtud de que consideramos que el eje central de la reforma materia de nuestro estudio, descansa en el artículo primero por ser el que sufrió el mayor número de transformaciones y las más sustanciales, en virtud de que en él se determina el paradigmático cambio normativo, político, cultural y social que propone el Estado mexicano, dedicaremos un apartado para realizar un análisis exhaustivo del mismo, desarticulando cada una de sus partes para su mejor comprensión.

II. ANTECEDENTES

Históricamente el Estado mexicano ha formado parte de diversos pactos, tratados internacionales y convenciones en materia de derechos humanos, los cuales lo han llevado al reconocimiento y, en consecuencia, al compromiso de respetar los derechos y las libertades contenidos en los mismos.

Lo anterior, en virtud de que la vigencia plena y el respeto a los derechos humanos constituyen el origen y la justificación misma del Estado, idea que se consolida a partir del movimiento internacional de los

derechos humanos originado en la segunda mitad del siglo XX, asumidos como compromisos de carácter internacional por toda la humanidad.¹

Es así como comienza este proceso internacional de la evolución de los derechos humanos, en donde, de manera gradual, los diversos Estados comenzaron a sumarse a las diferentes organizaciones internacionales que pugnaban por la defensa de estos derechos y al mismo tiempo, adecuaban su derecho interno al derecho creado a nivel internacional, por lo que el Estado mexicano con el afán de brindar la más amplia protección en materia de derechos humanos, se ha sumado a diversos instrumentos internacionales, los cuales citamos en atención al orden cronológico²:

a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, de 1966;

b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, de 1966;

c) La Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, de 1989, y

d) El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 1989.

De forma independiente, pero sin restarle importancia, sino todo lo contrario, encontramos que México se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, el 22 de noviembre de 1969³, por lo que consideramos pertinente realizar una breve semblanza histórica de sus participaciones dentro de la gestación de esta trascendente organización.

México ha participado históricamente desde la creación y construcción del sistema interamericano, pues formó parte de la Primera Conferencia Internacional Americana en 1889-1890, así como en el surgimiento de la Unión Panamericana en 1910.⁴

Participó y fue sede de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz en 1945; asimismo, marcó un hito fundamental en el aporte del panamericanismo regional, al multilateralismo global y al establecimiento de las Naciones Unidas.⁵

De la misma forma, el Estado mexicano formó parte de la Novena Conferencia Internacional Americana que constituyó la Organización de los Estados Americanos. La Novena Conferencia, también proclamó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, meses antes de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁶

Sin embargo, a pesar de los grandes esfuerzos que a través del tiempo venía realizando nuestro país para sumarse a las diferentes organizaciones internacionales en pos de la más amplia protección de los derechos humanos, se hacía latente, en los últimos tiempos, la necesidad de efectuar cambios fundamentales a nuestra Constitución, pues se conjuntaban diversos factores que lo obligaban a ello, entre los cuales se distinguen los siguientes:

En primer término, se habían presentado los primeros cinco casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ésta emitió resoluciones en las que declaró a México como responsable internacionalmente de violaciones a derechos humanos, lo cual hacía ver a los ojos del mundo que el Estado mexicano era incapaz de velar por la tutela de los derechos humanos.

Los casos, a grandes rasgos, se refieren a la violencia estructural en contra de las mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua; cuatro tienen que ver con violaciones a derechos humanos por parte del Ejército y la falta de idoneidad del fuero militar para conocer de esos asuntos, y el otro, es relativo a la falta de recursos internos en materia electoral.⁷

En segundo término, se advierte que de forma paralela con lo que sucedía en el sistema interamericano, a nivel nacional, se habían llevado a cabo importantes procesos de apertura constitucional y de debate, en torno a la necesidad de incorporar a nivel constitucional los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.⁸

Y en tercer término, se habla de las circunstancias históricas y políticas, ya que en las últimas dos décadas hubo un progreso considerable en distintas vertientes del ámbito de los derechos humanos, puesto que se presenta la creación de los organismos autónomos de protección a los derechos humanos a partir de 1990; se da la reforma al poder judicial de 1994 aparejada de la creación del Consejo de la Judicatura Federal; la Suprema Corte de Justicia de la Nación toma un papel más relevante en materia de control de constitucionalidad por medio de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales; surgen nuevas instituciones de garantía de los derechos, como el Insti-

tuto Federal Electoral⁹ y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y el Consejo General para Prevenir la Discriminación.¹⁰

Aunado a lo anterior, la constante vulneración de derechos humanos llevó a que la sociedad, los diferentes operadores jurídicos, los sectores académicos, las empresas privadas, los organismos tanto nacionales como internacionales, entre otros, voltearan a ver a México, y de esta manera le exigieran el impulso y aprobación de la trascendental reforma en materia de derechos humanos que se presentó en junio de dos mil once, a la cual nos avocaremos en los subsecuentes apartados.

III. REFORMA CONSTITUCIONAL DE JUNIO DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La reforma de diez de junio de dos mil once, en materia de derechos humanos vino a marcar históricamente a nuestro país, pues indudablemente se ha convertido en un referente permanente de la opinión pública nacional, por lo que consideramos relevante hacer algunas acotaciones a las principales modificaciones y adiciones realizadas a nuestra Constitución, concretamente a los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B y 105 fracción II.

Conviene precisar que, dentro de este apartado, obviaremos hablar de las reformas contenidas en el artículo primero de nuestra Ley Fundamental, toda vez que se le dará un trato especial en el siguiente capítulo.

Así pues, dentro de las modificaciones de 10 de junio de 2011, realizadas a nuestra Constitución, encontramos que el Capítulo I cambia, dejando atrás el concepto de “garantías individuales”, para, a partir de la entrada en vigor de la citada reforma, tomar la siguiente denominación: “De los derechos humanos y sus garantías”.¹¹ No obstante el cambio sustancial, consideramos que era más adecuada la sola denominación de “derechos fundamentales”, por su contenido conceptual; además creemos que no debería estar presente la expresión “y sus garantías”, ya que las garantías son medios de protección constitucionales de los derechos fundamentales, los cuales no se contemplan en dicho Ca-

pítulo, antes bien, se debe atender al significado moderno de la palabra, no al significado tradicional empleado en México.

a) Artículo 3º

En lo concerniente al artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prevé la educación en materia de derechos humanos, esto es, que el Estado mexicano tendrá como uno de sus objetivos principales, en materia educativa, la enseñanza y el respeto a los derechos humanos, así como fomentar la conciencia de la solidaridad internacional.

b) Artículo 11

Por su parte, el artículo 11 constitucional establece el derecho de toda persona a solicitar asilo por motivo de orden político y refugio por causas de carácter humanitario. Esto viene a reforzar el apoyo internacional que desde hace mucho tiempo ha venido brindando el Estado mexicano a todas aquellas personas a las que se les han vulnerado sus derechos humanos.

c) Artículos 15 y 105

Otro par de preceptos que se modificaron de manera trascendente son los artículos 15 y 105 fracción II, inciso g), los cuales citamos de manera conjunta en virtud de la relación tan estrecha que guardan.

Dichas modificaciones se realizaron para integrar al régimen constitucional de las normas internacionales de derechos humanos al parámetro de control de regularidad cuya fuente es la propia Constitución.

Las modificaciones realizadas a los artículos 15 y 105, fracción II, inciso g), estriban en la posibilidad de efectuar un control de la validez de los tratados internacionales adoptando como parámetro para dicho estudio a los derechos humanos reconocidos en otros tratados internacionales.

Con antelación, el artículo 15 constitucional prohibía la celebración de tratados internacionales que permitieran la alteración de los derechos humanos establecidos en la Constitución. A partir de la reforma que se analiza en el presente ensayo, tampoco se autoriza la celebración de tratados internacionales que alteren los derechos humanos reconocidos, pero ahora también en los tratados internacionales.

Por su parte, el artículo 105 fracción II, inciso g) constitucional reconocía legitimación a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para promover acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes y de tratados internacionales por la violación a derechos humanos consagrados en la Constitución. El cambio que introdujo la reforma constitucional consiste en que ahora también se admite la procedencia de este tipo de acciones en contra de leyes y tratados que vulneren los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

Los dos artículos en comentario permiten que la validez de los tratados internacionales se determine por su conformidad o no contravención con ciertas normas que integran, en ese sentido, un parámetro de control de su regularidad normativa. Siendo este parámetro de control las normas jurídicas en materia de derechos humanos reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

d) Artículo 18

Por lo que respecta al numeral 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se detalla que la organización del sistema penitenciario debe estar basada en el respeto a los derechos humanos. Es decir, que el respeto a los derechos humanos pasa a ser uno de los criterios o elementos sobre los cuales habrá de organizarse y desarrollarse el sistema penitenciario.¹²

e) Artículo 29

Ahora bien, dentro de la reforma relativa a la suspensión de derechos y garantías contenidos en el artículo 29 de la Constitución General de la República, se enlistan los derechos que no podrán ser restringidos en caso de una declaratoria de estado de excepción, en concordancia con la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos internacionales.

No obstante lo anterior, la reforma y adiciones se centran en dos cuestiones fundamentales: en acotar la facultad del Poder Ejecutivo respecto a la posibilidad de declarar la emergencia y su actuación durante la duración del estado de excepción, así como respecto de los efectos posteriores de sus actuaciones.¹³

f) Artículo 33

En la misma línea de investigación, se reforma el denominado, por Miguel Carbonell, “tristemente célebre artículo 33 constitucional”, por medio del cual se modifica la facultad del Presidente de la República para hacer que cualquier extranjero abandonara el territorio nacional, sin que se le concediera ningún tipo de derecho de ser oído y vencido en juicio. Con la modificación efectuada se debe respetar la audiencia y el debido proceso¹⁴, la expulsión solamente procederá en los términos y procedimientos señalados por la ley; también será la ley la que determine el lugar y tiempo que puede durar la detención de un extranjero para efecto de su posible expulsión del territorio nacional.¹⁵

g) Artículo 89

Dentro de las incorporaciones realizadas a nuestra Constitución en materia de derechos humanos encontramos que al artículo 89 se le agrega un nuevo elemento de política exterior, pues se obliga a la observancia del principio de respeto, protección y promoción de los derechos humanos.

Dicha determinación pone de manifiesto que tanto el Ejecutivo Federal, encargado de dirigir la política exterior, como el Senado, órgano que aprueba los tratados y convenciones diplomáticas que el primero de los mencionados suscriba, tienen como finalidad, al momento de efectuar dichas facultades, observar en todo momento el respeto, protección y promoción de los derechos humanos, lo que, consideramos trae como consecuencia que el Ejecutivo y el Senado se encuentren obligados a denunciar, suspender, modificar o en su caso enmendar aquellos documentos internacionales ratificados por el Senado de los cuales el Estado mexicano sea parte, que contradigan la novel reforma citada líneas arriba.

h) Artículos 97 y 102

Finalmente, en los preceptos 97 y 102 apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se trata de fortalecer a los organismos no jurisdiccionales encargados de la protección de derechos humanos, toda vez que, por una parte, se asigna a la Comisión Nacional de Derechos Humanos la facultad de investigación que antes era asumida (a nuestra consideración de manera incorrecta pues no era el órgano facultado para realizar dicha función), por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por la otra, establece la obligación de las autoridades a responder a las recomendaciones emitidas por la Comisión

Nacional de Derechos Humanos y, en caso de no aceptarlas, fundar y motivar su negativa, así como publicarla.

Esta reforma no sólo se ciñe a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, sino que también se extiende a los entes protectores de derechos humanos de las entidades federativas.

También se hace mención a que cuando las instituciones públicas no acepten las recomendaciones emitidas por las instituciones de derechos humanos, podrán ser llamadas por el Senado o por las legislaturas de las entidades federativas, a petición del órgano no jurisdiccional protector de derechos humanos que emitió la recomendación, a comparecer ante dicho órgano legislativo para explicar el por qué de su negativa y así entablar un diálogo entre las autoridades y la sociedad.

No pasa inadvertido, que dentro de las reformas en materia de derechos humanos de junio de 2011 se le otorgó otra facultad muy importante a los organismos no jurisdiccionales encargados de la protección de derechos humanos, la cual se establece en el inciso g), de la fracción II del artículo 105 de nuestra Ley Fundamental, pues los faculta para ejercer la acción de inconstitucionalidad cuando las leyes de carácter federal, estatal, del Distrito Federal, tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo y aprobados por el Senado, leyes locales y leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales, para lo que se atenderá en todo momento a las normas del orden de gobierno de que se trate, así como al carácter *sui generis* del Distrito Federal.

Podemos concluir este apartado, haciendo énfasis en que el Poder Reformador nos presentó un cúmulo de innovaciones que hicieron reaccionar a los diversos actores tanto a nivel nacional como internacional, ya que se considera el mayor avance en materia de derechos humanos en los últimos 25 años¹⁶; y en que el Estado mexicano pone de manifiesto que lo que se pretende es alcanzar los más altos estándares internacionales en derechos humanos, para salvaguardarlos no sólo los de los nacionales sino de todas las personas a las cuales se les vulneren, pues se fortalece la protección, se amplía el catálogo de derechos humanos y se insta a los servidores públicos a que respeten los derechos de las personas.

IV. ARTÍCULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Sin duda, el artículo que sufrió el mayor número de transformaciones y, para efectos de este trabajo, las más significativas, fue el primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues casi se puede hablar de un nuevo precepto, en virtud de que, de contar con tres párrafos pasó a conformarse por cinco, es decir, se integraron dos y dos de los ya existentes fueron modificados.

Podríamos afirmar que este es el precepto en el que descansa la reforma de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, toda vez que en él se determina el paradigmático cambio normativo, político, cultural y social que propone el Estado mexicano, por lo que nos daremos a la tarea de realizar un análisis mínimo de las novedades que nos ofrece el mismo.

a) Reconocimiento constitucional de los tratados internacionales

La primera innovación para el constitucionalismo mexicano, a la que haremos referencia, atiende a las exigencias internacionales, en el sentido de que debían reconocerse, en la Ley Fundamental, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales. Este reconocimiento constitucional al que se hace referencia ya se venía presentando en diversos Estados, lo que hacía más latente la necesidad de efectuar las modificaciones.

A manera de ejemplo, citamos el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución Española, el cual establece que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹⁷.

En el mismo sentido, algunas constituciones de Latinoamérica, conceden el carácter constitucional a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en materia de derechos humanos, tal es el caso de las constituciones de Venezuela de 1999 y de Colombia de 1991. La primera, dispone en su artículo 23 que “Los tratados, pactos y convenios relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio

más favorable a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República...”¹⁸; por su parte la Constitución de Colombia establece que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

En esa misma inteligencia, nuestra nación realiza los cambios pertinentes y modifica el primer párrafo del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del cual deriva el siguiente texto:

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Con esta anexión a la Constitución, de facto, se abre el Estado mexicano al reconocimiento de la amplia gama de derechos humanos contenidos dentro de los diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país, así como a los medios internacionales para garantizarlos y hacerlos efectivos.

Se observa, además, que se deja de lado ese carácter infraconstitucional de las normas internacionales y se colocan en la cúspide de la jerarquía normativa con respecto al resto de las disposiciones del orden jurídico mexicano con el objeto de extender su efectividad, observancia y cumplimiento.

b) Principio de interpretación conforme y principio pro persona (*pro homine*)

Otra de las grandes modificaciones recaídas sobre la Constitución en materia de derechos humanos, es la inclusión de las figuras de la interpretación conforme y el principio pro persona (*pro homine*), pues la fracción II del precepto de referencia establece: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

La primera de las figuras mencionadas, en el párrafo precedente, hace alusión a que la interpretación conforme opera como una cláusula de tutela y garantía de los derechos recurriéndose a las normas de los tratados internacionales de derechos humanos cuando haya necesidad de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, ello con la finalidad de lograr una ampliación en la protección de los derechos humanos.¹⁹ Entonces, la interpretación conforme viene a ser un instrumento que se aplica constantemente por tribunales, cortes y salas constitucionales aun cuando dicha aplicación no sea consciente para los juzgadores.²⁰

Otros juristas como Eduardo Ferrer Mac-Gregor, consideran que la interpretación conforme es la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tratados internacionales y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales, para lograr su mayor eficacia y protección.²¹

En ese mismo sentido, hay quienes consideran que el principio en estudio tiene dos manifestaciones o reglas principales: una preferencia interpretativa por medio de la cual se ha de buscar una interpretación que haga más óptimo un derecho constitucional y una preferencia de normas en donde los juzgadores apliquen la norma que más favorezca a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquella.²²

Así pues, este principio se emplea para aplicar la norma más amplia o la interpretación más extensiva, en tratándose del reconocimiento de derechos humanos protegidos, abriéndose la posibilidad de que el interprete de la Constitución pueda recurrir a normas de derechos humanos consagradas en los diversos tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, con lo cual se pretende la mayor garantía de estos derechos para las personas.

Por otra parte, la segunda figura se refiere al principio pro persona, el cual se encuentra consagrado en el artículo 29 inciso d) de la Convención Americana de Derechos Humanos, mismo que establece lo siguiente:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.²³

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto al principio pro persona, tan es así que nos proporciona un concepto, pues señala que:

“El Principio pro persona es el criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan y restringen. Este criterio fundamental –principio *pro homine* del derecho de los derechos humanos- conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla y su condicionamiento la excepción”²⁴.

De lo anterior, se advierte que, cuando se trate de derechos humanos, se puede recurrir a diversas normas jurídicas para interpretar de manera expansiva el contenido y alcance de los derechos, sin embargo, nunca se podrá recurrir a diversas normas jurídicas para ampliar las limitaciones que las normas básicas del sistema impongan al ejercicio de los derechos humanos.

En esa misma tesitura, podemos encontrar jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, basta observar el siguiente rubro: “**PRINCIPIO PRO HOMINE Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU APLICACIÓN NO IMPLICA EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES**”²⁵,

la cual en lo conducente, establece que el principio pro persona es aplicable en dos vertientes: la de preferencia de normas y la de preferencia interpretativa, lo que implica que el juzgador deberá privilegiar la norma y la interpretación que favorezca en mayor medida a las personas.

Así pues, este principio tiene como finalidad aplicar la norma que más favorezca a la persona independientemente de la jerarquía de la misma y buscar la interpretación que optimice más los derechos humanos.

c) Párrafo tercero

Por lo que respecta al párrafo tercero del artículo primero constitucional, es de mencionarse que lo desarticularemos en los párrafos posteriores para un mejor desarrollo de su contenido, puesto que consideramos es de gran relevancia, ya que establece que: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

· Respeto, garantía, protección y promoción de los derechos humanos

Dicha reforma podemos dividirla en tres partes, la primera, que desarrollaremos en este apartado, deriva del artículo 1.1. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el cual, en lo que interesa, determina que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su pleno y libre ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, lo que, para su cumplimiento, hace extensivo el Estado mexicano al determinar la obligación de todas las autoridades de respetar, garantizar, proteger y promover los derechos humanos, ello sin distinción del tipo de autoridad ya sea federal, local o municipal, jurisdiccional o no jurisdiccional, lo cual viene a dirimir los conflictos relativos a las autoridades administrativas, quienes constantemente se cuestionaban sobre la aplicación de los derechos humanos en el desarrollo de sus labores, pero algo más importante viene a maximizar el desarrollo de los derechos, ya sean políticos, sociales, culturales o económicos, de las personas.

· Principios de universalidad, interdependencia indivisibilidad y progresividad

La segunda, es la relativa a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos. Estos principios buscan potenciar al máximo el alcance de los derechos en nuestro marco constitucional a través de la construcción de un criterio de orientación para la protección y defensa de los derechos humanos de las personas.

· Prevención, investigación, sanción y reparación de las transgresiones a los derechos humanos

Y la tercera, concerniente a la prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Es aquí donde el Estado mexicano se obliga a: a) prevenir todas las transgresiones que, en materia de derechos humanos, sufran las personas dentro del territorio nacional; b) investigar a cabalidad todas las violaciones a los derechos humanos que se cometan dentro de su jurisdicción, para identificar a los responsables; c) sancionar a los responsables de la vulneración de derechos humanos, y d) al cumplimiento de las resoluciones para reparar a las víctimas los daños generados como consecuencia de las transgresiones a los derechos humanos, en concordancia con los estándares establecidos en el derecho internacional en la citada materia.

d) Clausula de no discriminación con base en preferencias sexuales

Finalmente, el quinto párrafo del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Con antelación sólo se señalaba la prohibición de la discriminación por “preferencias”, lo cual generaba dudas respecto a dicho vocablo, pues no dejaba claro la distinción aludida, es decir, a qué clase o tipo de preferencias se refería, sin embargo, en armonía con lo establecido en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, concretamente, en el

precepto I.1., y en aras de una mayor protección de los derechos humanos, el Poder Reformador agregó o, si se quiere, especificó la cláusula de igualdad de no discriminación por preferencias “sexuales”.

V. CONCLUSIONES

No cabe duda que la reforma de 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos, refleja el compromiso que adopta el Estado mexicano para potencializar, garantizar y proteger los derechos humanos.

Se puede observar el reflejo de un verdadero consenso y compromiso político por parte de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como de los diversos organismos autónomos, los poderes fácticos, los diversos operadores jurídicos y la sociedad, entre otros, para construir este nuevo paradigma, el cual marca un decidido rumbo hacia la denominada “internacionalización de los derechos humanos”.

Esta reforma representa un gran compromiso para todas las autoridades, pues si bien es cierto el reto más grande recae en los operadores jurídicos, lo cual constituirá un gran avance, ya que se estarán adoptando de manera gradual diversos criterios de derechos humanos de fuente internacional que vendrán a maximizar la protección de los mismos, también lo es que el compromiso relativo a las obligaciones internacionales no solamente es responsabilidad de los órganos de referencia, sino también de todas las autoridades de los diferentes órdenes de gobierno del Estado mexicano.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

IX Conferencia Internacional Americana, consultado en línea en: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp, el 14 de agosto de 2015.

CABALLERO OCHOA, José, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona*” en *La reforma constitucional de derechos*

humanos: un nuevo paradigma, Coord. Carbonell, Miguel y Salazar Pedro, México, UNAM, 2011.

CARBONELL, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM, 2004, pp. 39 y 40.

CARBONELL, Miguel, *La reforma constitucional en materia de derechos Humanos: principales novedades*, consultado en línea en: www.miguel-carbonell.com/articulos/novedades.shtml, el 7 de agosto de 2015.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “*La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales*”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Coord. Carbonell, Miguel y Salazar Pedro, México, UNAM, 2011.

CARREÓN GALLEGOS, Ramón Gil, *Los derechos humanos y las garantías individuales en el constitucionalismo mexicano. La concepción y protección de los derechos*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.

Caso (Campo Algodonero) González y otros vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de septiembre de 2009, serie C, número 205; caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, número 209; caso Fernández Ortega y otros vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, número 215; caso Rosendo Cantú y otro vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C, número 21, y caso Castañeda Gutman vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C, número 184.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el desarrollo internacional de los derechos humanos en México”, en *Estudios Constitucionales*, No. 2, año 9, Universidad de Talca, 2011.

Constitución Española de 1978.

Consultado en línea en: <http://www.sre.gob.mx/tratados>, el 1 de junio de 2015.

Consultado en línea en: www.unesco.org/new/es/mexico/communities/united-nations-system-in-mexico/mexico-to-the-united-nations/, el 14 de agosto de 2015.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Datos de localización de la Tesis: Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, febrero de 2013, Tesis: VI.3º J/2 (10ª), p. 1241.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Coords. CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, México, IJJUNAM/UNAM, 2011, p. 358.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, en *Tribunales de Justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Coords. CORSO SOSA, Edgar y VEGA GÓMEZ, Juan, México, UNAM/IJJUNAM, 2002.

Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado en línea en: www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh, el 6 de junio de 2015.

MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M., *Reforma constitucional en materia de derechos humanos*, consultado en línea en: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/130/el/el12.pdf, el 3 de septiembre de 2015.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Principio pro persona*, México, NUDH/SCJN/CDHDF, 2013.

PELAYO MOLLER, Carlos María, *Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos. Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/Servicio Profesional en Derechos Humanos, México, 2012.

RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, “Extranjeros y debido proceso legal”, en *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Coord. CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, México, UNAM, 2011.

Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), consultado en línea en: www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/2012/bdgdhreformadh.pdf, el 7 de septiembre de 2015.

NOTAS

1 CARREÓN GALLEGOS, Ramón Gil, *Los derechos humanos y las garantías individuales en el constitucionalismo mexicano. La concepción y protección de los derechos*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013, p. 219.

2 Nota: Se considera son algunos de los instrumentos de mayor relevancia para el Estado mexicano.

3 Consultado en línea en: <http://www.sre.gob.mx/tratados>, el 1 de junio de 2015.

4 *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, consultado en línea en: www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh, el 6 de junio de 2015.

5 Consultado en línea en: www.unesco.org/new/es/mexico/communities/united-nations-system-in-mexico/mexico-to-the-united-nations/, el 14 de agosto de 2015.

6 IX Conferencia Internacional Americana, consultado en línea en: www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp, el 14 de agosto de 2015.

7 Alfonso Martín del Campo Dodd Vs México. Excepciones Preliminares, sentencia de 3 de septiembre de 2004, serie C, número 113; Castañeda Gutman vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C, número 184; (Campo Algodonero) González y otros vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de septiembre de 2009, serie C, número 205; Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, número 209; Fernández Ortega y otros vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, número 215, y Rosendo Cantú y otro vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C, número 21, consultado en http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es, el 4 de enero de 2016.

8 PELAYO MOLLER, Carlos María, *Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos. Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito

Federal/Servicio Profesional en Derechos Humanos, México, 2012, pp. 14 y 15.

9 Ahora denominado Instituto Nacional Electoral.

10 *Ídem*.

11 CARBONELL, Miguel, *La reforma constitucional en materia de derechos Humanos: principales novedades*, consultado en línea en: www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml, el 7 de agosto de 2015.

12 MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M., *Reforma constitucional en materia de derechos humanos*, consultado en línea en: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/130/el/el12.pdf, el 3 de septiembre de 2015.

13 *Ídem*.

14 RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, “Extranjeros y debido proceso legal”, en *La reforma Constitucional en materia de derechos humanos: un Nuevo Paradigma*, Coord. CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, México, UNAM, 2011, p. 310.

15 CARBONELL, Miguel, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades*, *Op. Cit.*

16 Este dato se obtuvo de la página oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), consultado en línea en: www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/2012/bdgdhreformadh.pdf, el 7 de septiembre de 2015.

17 Constitución Española de 1978.

18 CARBONELL, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM, 2004, pp. 39 y 40.

19 CABALLERO OCHOA, José, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona*” en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, *Op. Cit.*, p. 112.

20 FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, en *Tribunales de Justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho*

Constitucional, Coords. CORSO SOSA, Edgar y VEGA GÓMEZ, Juan, México, UNAM/IIJUNAM, 2002, p. 225.

21 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Op. Cit., p. 358.

22 CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el desarrollo internacional de los derechos humanos en México”, en *Estudios Constitucionales*, No. 2, año 9, Universidad de Talca, 2011, p. 78.

23 Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

24 Citado por MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Principio pro persona*, México, NUDH/SCJN/CDHDF, 2013, p. 17.

25 Datos de localización de la Tesis: Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, febrero de 2013, Tesis: VI.3º J/2 (10ª), p. 1241.

LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* EN COSTA RICA: ANÁLISIS DOCTRINARIO, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Frank Harbottle Quirós¹

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

“La actio libera in causa pone en tela de juicio el presupuesto de partida de la actual evolución de la teoría del delito: su orientación teleológica, al mostrarse el sistema incapaz de dar una solución a un problema político-criminal”

Alcácer Guirao, Rafael.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. La imputabilidad como elemento de la culpabilidad. 3. Imputabilidad y actio libera in causa: Posiciones doctrinales. 3.1. Nociones generales. 3.2. Modelos de la actio libera in causa. 3.2.1. Modelo de la excepción. 3.2.2. Modelo del injusto típico. 3.2.3. La provocación relevante. 3.2.4. Teoría de la autoría mediata en la modalidad de auto instrumentación. 4. La actio libera in causa en la normativa de Costa Rica. 5. La actio libera in causa en la jurisprudencia costarricense. 6. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN:

La *actio libera in causa* (alic) es una figura polémica dentro de la formulación actual de la teoría del delito. Se sanciona a quien en el momento de la comisión del delito no tiene capacidad de culpabilidad, pero en un momento anterior, cuando aun no se encontraba en este estado, produjo su propia incapacidad de culpabilidad. El artículo 44 del Código Penal costarricense que regula este instituto presenta una redacción confusa, lo que ha contribuido a malinterpretaciones en la praxis judicial. La línea jurisprudencial, en términos generales, ha sido sancionar la ingesta voluntaria de las sustancias que provocan una perturbación de la

conciencia y no la ingesta voluntaria para cometer un hecho ilícito particular. Con ello se ha desnaturalizado la alic. El artículo que se ofrece al lector invita a la reflexión y análisis profundo sobre el tema.

Palabras clave: actio libera in causa, doctrina, jurisprudencia, responsabilidad penal.

ABSTRACT:

The actio libera in cause (alic) is a controversial figure within the current formulation of the theory of crime. It punishes anyone who at the time of the crime is not capable of guilt, but at an earlier time, when even not in this state, he produced his own non-imputability. The article 44 of the Costa Rican Criminal Procedure Code which regulates the institute presents a confusing wording, which has contributed to wrong interpretations in judicial practice. The line of decisions in the jurisprudence, in general, has been punishing the voluntary intake of substances that cause a disturbance of consciousness and no voluntary intake to commit a particular crime. This has distorted the alic. The article provides the reader invites deep reflection and analysis on the subject.

Key Words: actio libera in cause, doctrine, jurisprudence, criminal responsibility.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, se presenta, en primer término, de manera general, el concepto de imputabilidad como elemento de la culpabilidad con una breve mención de las causas que pueden excluirla o disminuirla.

En un segundo apartado, se estudia la *actio libera in causa* (alic) como figura *sui generis* que se relaciona íntimamente con la imputabilidad. Se parte de las nociones generales de este instituto jurídico y se exploran los principales modelos doctrinarios que han intentado justificarla dentro de la actual teoría del delito.

Luego, se acerca al lector con la regulación de la normativa de la alic en Costa Rica, para, posteriormente, analizar las posiciones asumidas por la Sala de Casación Penal costarricense del año 1997 hasta nuestros días.

Finalmente, se exponen las conclusiones de la investigación.

2. LA IMPUTABILIDAD COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD

El concepto técnico jurídico de delito está conformado por tres elementos a partir de un comportamiento humano, a saber: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

En un Estado democrático como el costarricense, además de la acción típica y antijurídica (injusto penal), la responsabilidad penal demanda un sujeto culpable.

La culpabilidad se compone de varios elementos que deben ser analizados sucesivamente. De cumplirse todos, resulta procedente la realización del reproche, o sea, la enunciación del desvalor personal de la conducta realizada por el sujeto. Ellos son: 1) La capacidad de culpabilidad o imputabilidad; 2) El conocimiento del injusto o de la antijuricidad; 3) La exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

La categoría dogmática² de la imputabilidad es una de las más controvertidas de entre las que conforman la teoría del delito, constituyéndose en una de las que en menor medida admite criterios exactos de determinación.

La imputabilidad se ha conceptualizado como la ausencia de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuricidad y para la adecuación de la conducta conforme a esa comprensión³. Tiene una base psicológica que comprende el conjunto de facultades psíquicas mínimas que debe poseer un sujeto autor de un delito para ser declarado culpable del mismo⁴.

En la perspectiva dogmática, con la imputabilidad se designa y se analiza la posibilidad psíquica biológica del sujeto de determinarse por el cumplimiento de lo ordenado por el derecho⁵.

En el análisis de la imputabilidad se siguen criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos, por cuanto se trata de establecer estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves (enfermedad mental) de carácter orgánico o de base biológica. Pero, también, se determina la existencia de trastornos, cuya causa no es orgánica o cuya base no es biológica o corporal, denominados trastornos de la conciencia⁶.

En la legislación costarricense –tal como sucede en la mayoría de países de tradición jurídica continental– se ha optado por realizar una definición negativa del concepto de imputabilidad: será imputable, quien no se encuentre en algún supuesto de inimputabilidad. Por ello, la imputabilidad se ha concebido como aquello que existe cuando no se presenta una enfermedad mental o un grave trastorno de la conciencia que afectan la capacidad de comprensión y de acción de un sujeto adulto. Se parte de la presunción de que en la vida en sociedad este estado de normalidad psíquica existe, adoptándose una presunción legal *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario⁷.

El concepto de capacidad de imputabilidad en el Derecho penal de adultos tiene dos niveles. El primero, es un componente empírico (fáctico) o biopsicológico. Debe verificarse si el sujeto tiene capacidad de culpabilidad con base en ciertos presupuestos de normalidad psíquica, utilizando un método y criterios psicológicos y psiquiátricos. Para ello, se requiere el diagnóstico psicológico o psiquiátrico forense sobre la existencia de estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves (enfermedades mentales) de carácter orgánico o de base biológica; trastornos cuya causa no es orgánica, corporal o biológica (como, por ejemplo, las psicopatías, las neurosis y ciertas anomalías de los instintos) y deficiencias o retrasos en el desarrollo de ciertas capacidades o funciones como las cognitivas. El segundo es un componente normativo-valorativo. La determinación de si existe una enfermedad mental, un grave trastorno de la conciencia o un déficit en el desarrollo de ciertas capacidades cognitivas, es relevante en el tanto esos fenómenos influyen en la capacidad de comprensión y en la capacidad de acción, de voluntad y de inhibición de un sujeto respecto de un ilícito penal sancionado por el ordenamiento jurídico⁸.

Los trastornos mentales se deben a causas muy diversas, entre ellas, fundamentos biológicos, de personalidad, del ambiente, etc. Para

identificarlas, se debe tomar en cuenta la interacción de todas las dimensiones relevantes: las contribuciones genéticas, la función del sistema nervioso, los procesos conductuales y cognoscitivos, las influencias emocionales, sociales e interpersonales y los factores del desarrollo⁹.

En la actualidad, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los distintos países del planeta contemplan como eximentes o atenuantes de responsabilidad penal la intoxicación por consumo de bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en la medida en que pueden producir “perturbaciones de la conciencia” o “trastornos mentales transitorios”.

No obstante, es perfectamente posible que en un proceso penal a una persona se le responsabilice y se le imponga una sanción pese a demostrarse que al momento en que incurrió en el hecho delictivo se encontraba bajo los efectos de alguna de las sustancias mencionadas. Podría estarse ante lo que se conoce en la doctrina como “*actio libera in causa*”, cuyo estudio se abordará de seguido.

3. IMPUTABILIDAD Y ACTIO LIBERA IN CAUSA: POSICIONES DOCTRINALES

En términos generales se dice que existen al menos tres situaciones originadas bajo intoxicación: la voluntaria, en la cual el individuo se pone en estado de inconsciencia con el propósito de intoxicarse; la imprudente cuando, simplemente consume reiterada e imprudentemente sustancias capaces de generar tal estado, y la intoxicación preordenada cuando el sujeto se pone en estado de intoxicación justamente con el propósito de eliminar sus frenos de conciencia y permitirse la realización delictiva. En todas estas situaciones, el sujeto realiza una acción que consiste en intoxicarse. Después, en estado de inconsciencia, realiza el hecho delictivo con todos sus elementos. La teoría de la *actio libera in causa* se ocupa de explicar si debe de existir responsabilidad penal en estos supuestos y por qué¹¹.

3.1 Nociones Generales

El origen de la expresión *actio libera in causa* (*alic*, en adelante) es atribuido a MÜLLER (1789), quien distinguía entre acciones libres, acciones que aluden a la libertad pero en las que el delincuente, en el momento de la comisión del delito, actúa sin libertad (*actio ad libertatem relata, quamvis actu non libera*), y acciones que ni son libres ni aluden a la libertad (*nec actu libera nec ad libertatem relata*)¹².

De acuerdo con el autor Claus Roxin, los casos que se denominan con este nombre son, en esencia, aquellos en los que en el momento de la comisión del delito su autor es incapaz de culpabilidad, pero en un momento anterior, cuando aun no se encontraba en este estado, produjo culpablemente su propia incapacidad de culpabilidad. Según haya actuado en relación con el resultado producido dolosa o imprudentemente, se le castiga por delito doloso o imprudente¹³.

Con la *actio libera in causa*, la imputación del resultado se hace, no al sujeto como autor de la acción realizada en estado de inimputabilidad provocada, sino como autor de la acción de provocación, querida o prevista, pero que es la única acción que lleva a cabo, siendo imputable, que provoca en el sujeto activo la pérdida responsable de control sobre el curso causal que ha puesto en marcha con la provocación de su inimputabilidad, y que según su plan de autor, es una acción que directa o mediatamente pone en peligro el bien jurídico tutelado, estando necesariamente vinculada mediante relación causal, con el posterior resultado, el cual el sujeto quiso realizar o pudo prever su realización, en el momento de la provocación de la inimputabilidad¹⁴.

Hormazabal Malaree afirma que para los detractores de la *alic*, esta es una figura superflua que no tiene encaje en el actual estado de la teoría del delito, tratándose de un problema que ha de resolverse mediante un juicio de compatibilidad o incompatibilidad subjetivo entre la conciencia social y su actuar y objetivo con el ordenamiento jurídico¹⁵. También se ha dicho que la *alic* es una construcción artificial que intenta salvar el principio de coincidencia entre la conducta y la culpabilidad¹⁶.

En relación con esta figura, la dogmática jurídico-penal se ha enfrentado a un conflicto: un grupo de acciones político-criminalmente necesitadas y merecedoras de sanción penal cuya similar y particular estructura es de muy difícil acomodo en las formas de imputación de responsabilidad desarrolladas a partir de las disposiciones legales¹⁷.

Para Zaffaroni¹⁸, la teoría de la alic, no sólo extiende la culpabilidad a una conducta anterior a la conducta típica, sino que extiende la tipicidad misma a la conducta de procurarse la inculpabilidad¹⁹. Por ello estima que esta teoría:

“...(a) no puede fundar el dolo, en razón de que al hacerlo viola tanto el principio de culpabilidad como el de legalidad; (b) tampoco sirve para fundamentar la tipicidad culposa, porque en los ejemplos que suelen mencionarse ésta se hace efectiva conforme a los principios de la propia tipicidad culposa; (c) tampoco es útil para la punición de los delitos omisivos, porque la incapacitación para la acción debida es ya en ellos un acto de tentativa, que se resuelven con las reglas de esa tipicidad; (d) en los excepcionalísimos casos en que el agente tiene dominio del hecho desde el momento de provocar su incapacidad en la tipicidad activa dolosa, se trata de actos de tentativa y, por ende, tampoco es en absoluto necesaria...”²⁰.

Sin embargo, en la actualidad la mayor parte de la doctrina considera que no es conveniente que determinadas conductas que pueden encuadrar bajo la alic queden impunes o sin respuesta penal. Por ello han surgido modelos que respaldan esta figura, mismos que de inmediato se exponen.

3.2 Modelos de la Actio Libera in Causa

Hasta la fecha no se ha alcanzado un grado de consenso suficiente para poder considerar zanjada la problemática entorno a la *actio libera in causa*²¹.

De acuerdo con Alcácer Guirao²², a nivel doctrinal se han ubicado tres alternativas o modelos para afrontar dicha cuestión:

a) Considerar la posibilidad de establecer una excepción al principio de coincidencia, alterándose entonces las reglas generales y admitiendo la corrección de una imputación extraordinaria basada en una culpa *antecedens* (modelo de la excepción).

b) Retrotraer el momento de realización del hecho: del injusto, a la fase de provocación del estado defectuoso, haciendo coincidir la situación de culpabilidad con la realización de la acción típica y respetando, con ello, lo exigido por el principio de coincidencia (modelo de la tipicidad).

c) Ampliar el concepto de hecho, entendiendo que comprende no solo la ejecución material de la acción peligrosa que dará a la lugar a la lesión sino también la misma acción de provocación, y asumir a partir de una noción estrictamente funcional de la culpabilidad, que el principio de coincidencia se satisface con que solo una parte del hecho, la fase de provocación del estado defectuoso quede abarcada por la culpabilidad (modelo de la ampliación).

Para Joshi Jubert, las estructuras de *actio libera in causa* –inimputabilidad y ausencia de acción– se han solucionado de dos formas: o bien se ha defendido la imputación de la acción de provocación, imputación *in causa* o imputación siguiendo las reglas ordinarias (esta solución se ha seguido por los defensores de un modelo de injusto típico o de tipicidad) o bien se ha defendido la imputación de la acción defectuosa o imputación extraordinaria (propuesta seguida por quienes sostienen el modelo de la excepción)²³.

Otros autores, entre ellos, el costarricense Alfonso Navas, afirman que se puede hablar de cuatro modelos que buscan una solución o fundamento jurídico en relación con la *actio libera in causa*: el modelo de la excepción, el modelo del injusto típico, el modelo de la provocación relevante y la teoría de la autoría mediata, en la modalidad de auto instrumentación²⁴.

De seguido se procede con el estudio de los cuatro modelos.

3.2.1. *El modelo de la excepción*

El llamado modelo de la excepción (“Ausnahmemodell”), propone considerar que la estructura *alic* implica imputar de forma excepcional la acción cometida en estado defectuoso, acción que de forma inmediata lesiona el bien jurídico, pese a tratarse de un comportamiento no culpable. Para fundamentarlo se parte del análisis técnico del término *actio libera in causa*, señalando que ésta sólo puede ser aquella que el autor comete en estado defectuoso porque sólo esta acción puede considerarse libre *in causa*²⁵.

Según lo expone Roxin, se ha dicho que los partidarios del modelo de la excepción (con el que se infringe el principio de culpabilidad) aún son minoría, no obstante, han ganado terreno en los últimos años²⁶. Este modelo ha adquirido nuevos bríos en la doctrina más actual, a raíz

de la incapacidad del modelo de la tipicidad para consolidarse, pese a ser el más aceptado por la doctrina, tanto alemana como española²⁷.

El modelo de la excepción opta por un sistema de imputación extraordinaria. Se imputa a la persona la acción realizada en estado defectuoso (en estado de inimputabilidad) y se responde por la acción realizada en situación de actual inimputabilidad. Así, no solo se vincula la punición a la acción posterior inculpable, sino que, además, la imputabilidad se valora excepcionalmente en un momento anterior a la acción típica. Esta teoría de la excepción en realidad anticipa la culpabilidad (al primer momento -acción precedente-) no el resultado típico ni el injusto (que permanecen en el segundo momento -acción posterior)²⁸.

Para la teoría de la excepción, la acción precedente (ocasionar o provocar la propia incapacidad) no representa todavía el comienzo de ejecución del tipo, no genera aun un peligro concreto o inmediato; en definitiva, no es una acción típica, apta o apropiada para poner en peligro el bien jurídico. Solo la acción en estado defectuoso sería acción de tentativa punible. Es decir, los actos de ejecución darían comienzo con la acción defectuosa posterior²⁹.

El mayor problema que presenta el modelo de la excepción es que no respeta el principio de culpabilidad, pues si la acción penalmente relevante es la de la realización del hecho antijurídico en la situación defectuosa –de incapacidad de culpabilidad–, estamos haciendo responsable a un sujeto que, aunque efectivamente haya cometido un hecho antijurídico, no es al mismo tiempo culpable del mismo³⁰. Este modelo se enfrenta a graves críticas relativas a la violación de principios fundamentales del Derecho Penal, como el principio de culpabilidad, el de coincidencia, y el de legalidad³¹.

3.2.2. Modelo del Injusto típico

La teoría del injusto típico, conocida también como modelo de la tipicidad o del tipo, fundamenta la imputación jurídico-penal sobre la base de la acción precedente (de provocación del estado defectuoso) y no sobre la de la acción posterior (situación defectuosa bajo la cual se ataca al bien jurídico penalmente protegido). Se pretende hallar en la acción provocadora todos los elementos de la imputación del resultado a ella, de modo que operen las reglas generales de imputación. Para este modelo los actos de ejecución comienzan con la provocación del estado defectuoso, que constituye un verdadero acto ejecutivo y no un mero acto preparatorio impune. La acción precedente es la acción típica y,

por ello, fundamenta la exigencia de responsabilidad: el peligro directo e inmediato para el bien jurídico concurre ya en ese instante. El hecho de colocarse en estado de inimputabilidad con el dolo de cometer luego un delito representa el comienzo de ejecución de ese delito³².

Según el modelo del tipo (“Tatbestandsmodell”)³³, objeto de la imputación penal es la *actio praececedens* o “acción de provocación” –la única realizada con la correspondiente capacidad de acción, o comportamiento humano penalmente relevante, y a su vez, con capacidad de culpabilidad– y no la acción realizada en estado defectuoso.

El modelo de la tipicidad vincula el castigo del autor a su conducta causante de la exclusión de la culpabilidad, que se interpreta como una causación dolosa o imprudente del resultado. La principal objeción que, se ha formulado contra este modelo, señala que el ponerse en una situación de inimputabilidad no puede considerarse como una acción típica³⁴.

Se afirma que el modelo del injusto típico sobre la alic representa su negación misma, ya que la punición viene a justificarse no sobre la acción (posterior) que es “libre en la causa” sino sobre una acción (precedente) que es “libre en sí misma”, la acción provocadora del estado defectuoso que constituye el comienzo de ejecución punible⁵.

Se dice que la principal ventaja que ofrece este sistema de imputación es que se salvaguarda o respeta el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*); sin embargo, presenta algunos inconvenientes, como el de considerar actos ejecutivos hechos que en realidad pueden no suponer un peligro para el bien jurídico³⁵.

En términos generales se ha afirmado que el núcleo de la discusión tradicional en torno a la alic entre el modelo de la tipicidad y el de la excepción se ha centrado en relación al momento del comienzo de la tentativa típica. Ello, por cuanto preguntarse por el momento de comienzo (y de finalización) de la tentativa implica hacerlo por el de la imputación de la alic y viceversa³⁶.

3.2.3. La Provocación Relevante

La teoría de la provocación relevante constituye un esquema teórico mixto, en tanto acoge la mayoría de los planteamientos del modelo de injusto típico, a los que suma alguna de las bases del modelo de la excepción, en un intento por evitar las críticas dirigidas, sobre todo, al

primero. Se conoce como el modelo de la provocación de la propia incapacidad relevante para el Derecho penal, sin embargo, este no logra salvar determinados obstáculos que se observan no solo en las bases normológicas de las que parte, sino, además, en la incongruencia de sus resultados en sede de tentativa con respecto a esa específica concepción normológica³⁷.

Para esta tesis, lo esencial de la *actio libera in causa* es la provocación, en el sentido de que la persona debe querer o, por lo menos prever la específica situación defectuosa posterior bajo la cual lesionará un bien jurídico. El sujeto activo de una alic incluye la inimputabilidad en su plan delictivo como medio para ejecutar el delito; o, al menos, debe poder prever que si continúa con su comportamiento se colocará en un estado de inimputabilidad bajo el cual lesionará un bien jurídico concreto³⁸.

La acción precedente de provocación relevante es el momento de infracción de la norma penal primaria desde una perspectiva ex ante (con lo que coincide con el modelo del injusto típico) a la vez que supedita la imposición de la pena, y lógicamente su ejecución, a la acción en estado defectuoso como momento en el cual “comienza a” o se da inicio a la ejecución del delito por actos directamente encaminados a su consumación examinado ex post (con lo que coincide con el modelo de la excepción)³⁹.

Se ha dicho que los primeros tres modelos (de la excepción, del injusto típico y la teoría de la provocación relevante) comparten dos rasgos fundamentales. Uno, fragmentan el desarrollo de la conducta en dos momentos; un primero en el que la persona provoca su estado defectuoso y que se denomina acción precedente *-actio praecedens-*, y un segundo en el que ataca bajo ese estado defectuoso un bien jurídico penalmente protegido y que se llama acción posterior *-actio posterior-*. Los argumentos de cada modelo para fundamentar la punición se distinguen según la relevancia normativa que concedan a cada porción de tiempo. Y dos, coinciden en la necesidad político-criminal de punir o castigar con pena este tipo de supuestos, por motivos de prevención general, siempre y cuando el estado defectuoso -que en principio beneficiaría al sujeto activo- bajo el cual se agrede al bien jurídico haya sido provocado por el mismo individuo en un momento anterior⁴⁰.

3.2.4. Teoría de la Autoría Mediata en la Modalidad de Auto instrumentación

Desde la perspectiva del Dr. Alfonso Navas, la bipartición entre el primer momento (provocación por el mismo sujeto de un estado defectuoso) y el segundo (puesta en peligro o lesión del interés jurídico bajo ese estado defectuoso) es innecesaria -salvo por los efectos meramente ilustrativos- al precisar dos conductas (acción precedente/acción posterior) escindiendo lo que es una única conducta que configura una totalidad. Esa bipartición que origina la alic obliga, a quienes buscan un fundamento a la punición de estos supuestos, a decantarse mecánicamente por conceder importancia a la acción precedente, a la acción posterior, o ambas⁴¹.

El fraccionamiento condiciona las concepciones normativas y, por consiguiente, las posiciones sobre el comienzo de la tentativa punible, lo que conduce a extralimitaciones del ámbito de intervención del Derecho penal. El problema reside en la escisión de una conducta inescindible normativamente. La expresión "actio libera in causa" eleva en su seno esa partición: la acción "no libre en sí" pero "libre en la causa" se refiere a la acción posterior, mientras que la acción "libre en sí" se corresponde con la acción precedente. De aquí, que sea preferible la expresión "auto-instrumentación como forma de comisión de un hecho delictivo" o, simplemente, "delito cometido por medio de auto-instrumentación", porque no sugiere en el plano normativo dos tipos de acciones. No constituye un obstáculo el que tradicionalmente se haya considerado a la autoría mediata como una forma en la que el autor instrumenta a otro, siendo viable incluir dentro de esta aquella en la que el autor se instrumenta a sí mismo⁴². La actividad para alcanzar la instrumentación de sí mismo o de otro con la finalidad de cometer un delito constituye un acto preparatorio carente de relevancia penal y, por lo tanto, impune⁴³.

Otra de las discusiones que suele presentarse a nivel doctrinario es en relación con la distinción entre *actio libera in causa* dolosa y culposa.

En relación con la primera, se dice que el dolo debe buscarse tanto en el momento de la provocación como en el de la acción, es decir, el tipo subjetivo requiere un doble dolo⁴⁴. El agente debe ponerse a sí mismo en estado de incapacidad dolosamente y, segundo, debe haber tomado en estado de capacidad de culpabilidad la decisión de la realización del resultado en estado de incapacidad, pudiendo bastar el dolo eventual⁴⁵.

Al momento de ejecución de la acción comisiva del delito doloso el autor carece de culpabilidad (como consecuencia del estado de perturbación profunda de la conciencia). Si no es culpable por su conducta dolosa, no queda otra alternativa penal que no penalizar a título de dolo (pues al momento de colocar la causa -en cuyo instante es libre el sujeto- no actuó con dolo, pues no comenzó la ejecución de delito doloso alguno)⁴⁶.

Ello ha dado pie a la denominada aliculposa, la cual ha sido criticada por diversos autores⁴⁷, al considerarse que los casos que involucra pueden ser resueltos aplicando las reglas genéricas de imputación de los hechos culposos.

Habiendo expuesto las principales posiciones doctrinarias, tanto de autores costarricenses como extranjeros, procede dar inicio con el estudio de la normativa de Costa Rica en lo que respecta a la *actio libera in causa*.

4. LA ACTIO LIBERA IN CAUSA EN LA NORMATIVA DE COSTA RICA

De previo a examinar la regulación de la *actio libera in causa* en la normativa nacional, resulta oportuno hacer breve mención del tratamiento que se le ha dado en España y Alemania en los últimos años a esta figura, básicamente en razón de la influencia que ambos países tienen en el ordenamiento jurídico costarricense.

Se ha dicho que la doctrina española y alemana han abordado de forma distinta la *actio libera in causa*. En España, ha operado una ampliación, tanto en las formas como en los supuestos de aplicación (se han extendido las posibilidades de supervivencia), mientras que, en Alemania, a partir de la sentencia del 26 de agosto de 1996 dictada por el Tribunal Federal Supremo (BGH), puede pensarse que existe la posibilidad de su desaparición de la práctica en el ámbito judicial⁴⁸.

De acuerdo con el artículo 20 inciso 2) del Código Penal español, está exento de responsabilidad penal “*El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que*

produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”⁴⁹.

El § 20 del Código Penal de Alemania dispone que *“Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un hecho es incapaz por una perturbación psíquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración psíquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión”⁵⁰.*

Según lo expone Padilla Alba, en Alemania el problema surge porque el § 20 del StGB no contiene una previsión como la del artículo 20 del Código penal de España que establece que la capacidad de culpabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho. Con la regulación del Código penal español anterior se había indicado que el paralelismo entre la *actio libera in se* (la acción libre en sí misma) y la *actio non libera in se pero libera in causa* (la acción no libre en sí misma pero libre en su causa), que permite fundamentar su equiparación, exigía la intervención del legislador, esto es, la contemplación expresa de esta figura en la legislación penal. Y esto es lo que ha hecho el Código penal de 1995, el cual contiene una previsión específica para los casos de alic dolosa y alic culposa, quedando así salvaguardado el principio de legalidad y amparando el principio de culpabilidad en la medida en que el modelo de la excepción representa, valga la redundancia, una excepción al mismo fundamentada en la propia ley⁵¹.

El Código Penal de Costa Rica, Ley N° 4573, del 4 de mayo de 1970, en el artículo 44 dispone: *“Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores⁵², responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiera sido facilitar su realización o procurarse una excusa”⁵³.*

Para el autor costarricense, Dr. Francisco Castillo, el actual Código Penal regula la *actio libera in causa* (alic) tanto dolosa como culposa, referidas a la grave perturbación de la conciencia y desde este punto de vista implica un cambio en relación con los códigos penales costarricenses anteriores, que regulaban únicamente la alic dolosa producida por el uso del alcohol⁵⁴.

A criterio de Navas, el artículo 44 del Código Penal sigue el modelo de la excepción. Por un lado, la norma prevé que la imputación

jurídico-penal se fundamenta sobre la base de la acción posterior con la cual se hace peligrar o se lesiona un bien jurídico en estado de inimputabilidad (“...responderá del hecho cometido...”). Por otra parte, la preposición “por” (“...por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado...”) denota el modo en virtud del cual se imputa ese resultado típico según el dolo o la imprudencia con que la persona, al momento de la acción precedente y en estado de imputabilidad, provocó el estado defectuoso. Por consiguiente, si la provocación del estado de inimputabilidad fue dolosa, la imputación del hecho posterior se hace a título de dolo, por cuanto la persona conoce que ocasiona su propio estado de inimputabilidad con miras a la realización de los elementos objetivos de un determinado tipo penal y dirige su voluntad hacia ello. Mientras que la imputación del hecho posterior se efectúa a título de imprudencia si la persona originó el estado psíquicamente defectuoso incumpliendo un deber objetivo de cuidado. En definitiva, se exceptiona la culpabilidad al momento de la imputación del resultado, pero se valora en un momento previo⁵⁵.

Partiendo de la redacción del numeral 44 del Código Penal, cabe preguntarnos: ¿cuál o cuáles interpretaciones se han sostenido en la jurisprudencia costarricense en relación con la *actio libera in causa*? Esta interrogante será respondida a continuación.

5. LA ACTIO LIBERA IN CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

De acuerdo con el máximo Órgano Constitucional de Costa Rica⁵⁶, la perturbación provocada, es una formulación de la teoría de la *actio libera in causa*, mediante la cual, el planteamiento sobre imputabilidad se retrotrae a un momento anterior al desarrollo de la acción, aceptándose que el sujeto mantiene capacidad de atribución penal, aunque en el momento de ejecutar la conducta, el sujeto activo se encontrara en imposibilidad de controlar sus actos como consecuencia de un hecho anterior a él atribuible. A criterio de dicha Cámara:

“...Cuando el imputado se coloca voluntariamente en un estado de perturbación a efecto de cometer determinada acción constitutiva de delito, se utiliza a sí mismo como medio para la realización del ilícito, razón por la que basta sea imputable al momento de tomar la determi-

nación de realizar el hecho, para que pueda tenersele como responsable de aquél. Si faltando a la debida diligencia que le era exigible en un determinado momento, se pone en estado de inimputabilidad y por ello causa un delito culposo, debe responder por este... ”⁵⁷.

En el año 1997, los Magistrados que en aquel momento integraban la Sala de Casación (Sala Tercera) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, emitieron una sentencia que, sin temor a incurrir en equivocación, constituye la plataforma sobre la que dicho órgano hasta la fecha –en términos generales– ha sustentado su línea jurisprudencial al resolver los asuntos en los que se ha discutido la *actio libera in causa*.

Según dicho pronunciamiento, el artículo 44 del Código Penal costarricense prevé varias situaciones:

“...a) El agente provoca la perturbación de su conciencia, es decir, se coloca en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, en virtud de un acto culposo. Este sucedería, por ejemplo, cuando un sujeto -sin estar seguro de la naturaleza de la sustancia y sin guardar el mínimo cuidado- la ingiere, produciéndole la eliminación o disminución de su capacidad de comprensión, o de adecuar su comportamiento a ésta. b) El sujeto, a sabiendas de que la bebida que se le presenta le colocará en estado de inimputabilidad, voluntaria y conscientemente la toma, es decir, se coloca dolosamente en ese estado. c) El agente perturba voluntaria y conscientemente su capacidad con el deliberado propósito de facilitar la realización del hecho (ya sin capacidad de conocer su carácter ilícito o de adecuarse a ese comportamiento), o de procurarse una excusa. En esta última situación -que constituye la actio libera in causa en sentido estricto- la pena respectiva podría agravarse. Según las anteriores consideraciones, en el caso concreto -de acuerdo a los hechos probados del fallo- el encartado de forma consciente y voluntaria, sin que nadie lo obligara a ello, y sabiendo que cuando se encuentra ebrio realiza acciones violentas sin conocimiento de su carácter ilícito, decidió colocarse en estado de inimputabilidad. Una vez en dicha condición, con su capacidad de motivarse en la norma ligeramente disminuida, realizó los comportamientos típicos y antijurídicos que describe el pronunciamiento. Debido a lo anterior, resulta claro que la actuación del encartado se ubica en la hipótesis antes identificada como b), es decir, se colocó dolosamente en ese estado de perturbación de su conciencia, por lo cual en la especie no resultan aplicables los artículos 42 y 43 antes analizados...”⁵⁸.
(El subrayado y la negrita no son del original).

En el año 2000, la Sala Tercera sostuvo que la doctrina de la alic debía aplicarse al caso concreto al acreditarse que la persona imputada ingirió licor y drogas antes del hecho en forma libre y voluntaria⁵⁹.

Años después, al conocer otro asunto destacó:

“...conforme se tuvo por acreditado, ambos imputados voluntariamente consumían drogas sintéticas (cfr. folio 2026 vuelto, línea 3 en adelante), lo que -conforme a la teoría normativa de la culpabilidad que recoge la legislación penal sustantiva- no excluiría de ningún modo el juicio de reproche en su contra, pues el mismo se retrotraería al momento en que se colocaron en dicho estado de intoxicación...” () *“...De acuerdo con lo anterior, es claro que todo el planteamiento de la defensa carecería por completo de interés, pues resulta obvio que los imputados voluntariamente consumieron la droga que, según la recurrente, los colocó en un supuesto estado de inimputabilidad, lo que (aún si -en contra de lo resuelto por los jueces de mérito- aceptáramos que efectivamente llegaron a dicho estado) de ningún modo excluiría el juicio de reproche en su contra...”*⁶⁰.

En similares términos, en el 2004⁶¹, 2007⁶² y 2011⁶³ se indicó que la culpabilidad no se ve comprometida en los casos en que el acusado de manera voluntaria se coloca en un estado de perturbación de la conciencia.

En otro proceso se anotó que la argumentación de la defensa carecía de sustento jurídico al afirmar que como el imputado *“no planeó cometer el ilícito antes de consumir bebidas alcohólicas, no puede reprochársele todo acto o comportamiento delictivo posterior a la ingesta perpetrada”*⁶⁴.

Esta misma línea jurisprudencial se mantuvo en el año 2012, siendo de especial interés mencionar tres sentencias de la Sala de Casación Penal.

En la primera, los Magistrados y las Magistradas para ese momento Titulares (Propietarios) manifestaron:

“...De especial importancia resulta aclarar que la adicción que pueda haber tenido el imputado conforme se alega en el presente reclamo, resulta un aspecto que no excluye la capacidad de culpabilidad...” () *“...Es así que aún suponiendo que el imputado se encontraba con una alteración de su conciencia, en razón de la adicción que se sugiere éste padecía, la misma no excluye la imputabilidad...”*⁶⁵.

En la segunda, si bien los Magistrados y la Magistrada que integraron en dicha oportunidad (cuatro Titulares y un Suplente) declararon sin lugar el recurso de casación presentado por la defensa del imputado, estableciendo que “*aún aceptando hipotéticamente que el imputado estuviera bajo los efectos de las drogas, esa condición subjetiva no impone la aplicación del artículo 42 del Código Penal, pues desconoce que la puesta en esa condición al ingerir droga no excluye la culpabilidad*”, el Magistrado Suplente, mediante una nota separada consignó:

*“...Lo que no comparte este servidor es la afirmación que se sustenta en los fallos 795-97 y 2005-1165 de esta Cámara, en cuanto a los alcances del artículo 44 del Código Penal, concretamente al instituto de la actio libera in causa. De acuerdo con la doctrina que informa este instituto y la propia regulación de la norma citada, se estima que una persona es responsable penalmente por sus actos cuando, encontrándose bajo un estado de perturbación de la conciencia, ésta ha sido provocada para cometer el delito. Es decir, se procura el estado de inimputabilidad para evitar la sanción, pero atendiendo a un fin en particular, como sería en este caso la comisión del hecho ilícito de robo agravado. En este proceso, de haber resultado necesario, debió acreditarse que el imputado consumió drogas para generar un estado de perturbación de la conciencia, para luego cometer el delito. Es decir, **lo que se sanciona no es la ingesta voluntaria de drogas u otras sustancias que provoquen una perturbación de la conciencia, sino la ingesta voluntaria para cometer un hecho ilícito en particular. De tal forma que no se comparte los alcances que se otorgan, por la mayoría, al artículo 44 del Código Penal.** Ahora bien, como ya se indicó, la anterior discusión carece de relevancia en este caso, pues la prueba fue sumamente clara en que el acusado cometió el delito, sin que mediara alguna causa de este tipo, lo que fue apreciado por la víctima y el oficial de policía, circunstancias que me llevan a coincidir con la mayoría en la solución al reproche que se formula, excluyendo el argumento que se ampara en los fallos mencionados...”⁶⁶ (El subrayado y la negrita no son del original).*

La tercera resolución fue dictada por la misma integración que emitió el fallo 2012-0936, sin embargo, no se estableció la nota respectiva, señalándose de forma unánime:

“...aún asumiendo, hipotéticamente, que el justiciable se encontrara afectado por los efectos del alcohol, no existe inconveniente alguno para afirmar que la ingesta de licor o drogas, fue producida por el propio autor previo a la comisión de un hecho delictivo, resultando intras-

cedente los efectos físicos o psicológicos que hubiera podido padecer al momento de realizar el acto, puesto que tal situación no lo releva de la responsabilidad penal bajo pretexto de encontrarse inimputable o con una imputabilidad disminuida...”⁶⁷.

En el año 2013, los Magistrados y las Magistradas para ese momento Titulares afirmaron:

“...ante el reclamo interpuesto por la quejosa, en relación a que ella, al momento de los acontecimientos se encontraba con su capacidad mental disminuida, en virtud del consumo de drogas, se rechaza por las siguientes razones. Para esta Sede es evidente que las sustancias prohibidas que haya consumido la acusada durante o previo al día de los hechos, se efectuaron a través de una ingesta voluntaria, y por ende, ella se colocó libremente en dicha posición, en razón de ello, es evidentemente responsable de los actos dolosos que haya perpetrado...” () “... Según el precedente citado, en todos aquellos casos en que el agente se ha colocado dolosamente en ese estado, responde por su conducta a título doloso...” () “...si fuera cierto lo que alega la recurrente en relación a su dependencia a las drogas y que también, actuó bajo un estado de imputabilidad disminuida, ello implica necesariamente que la ingesta de drogas se produjo en forma voluntaria. Al haberse colocado dolosamente en ese estado, responde a título doloso por los hechos que realice, sin que dicha adicción haga presumir que la encartada no haya tenido la capacidad de comprender el carácter lícito o ilícito de los hechos que se le acusan...”⁶⁸.

En el mismo mes de dictada la resolución 2013-0523, la Sala de Casación Penal conoció de un caso⁶⁹ en el que por unanimidad se declaró sin lugar el recurso de la defensa, sin embargo, un Magistrado Titular y una Magistrada Suplente de oficio (no se cuestionó ante dicha sede la capacidad de culpabilidad de la imputada), en aplicación del principio *in dubio pro reo*, casaron la sentencia en cuanto a que, por vía de la *actio libera in causa*, se declaró a la acusada como autora responsable del hecho punible de lesiones graves dolosas, apartándose ambos –de manera tácita–, de la línea jurisprudencial seguida por dicha Cámara desde la emisión del voto 795-97.

De acuerdo con el Magistrado y la Magistrada, en la sentencia dictada por el Tribunal se tuvo por probado:

“...1.- Que en el momento de ejecución del ilícito, cuando agredió a la ofendida, la encartada S.C. se encontraba en estado de ebriedad. 2.- Que la acriminada había estado tomando, a tal grado que al momento

de los hechos ya tenía por lo menos una semana de estar ingiriendo alcohol, de modo tal que su estado ético se evidenciaba en su forma de hablar, y en el descuido en su vestimenta y presentación personal. 3.- Que la acusada es una alcohólica crónica, que incluso ha buscado terapia para superar su dependencia del alcohol. 4. Que en este caso particular, dada la condición de alcohólica crónica de la encartada, aunado a un aumento importante en la ingesta iniciado aproximadamente una semana antes del hecho acusado, la justiciable no había previsto, es más, no tenía la posibilidad de prever la agresión en perjuicio de la ofendida, pues no se demostró que la encartada al momento de iniciar el consumo (aproximadamente una semana antes y en el contexto de su enfermedad) infringiera un deber de cuidado, o tuviese el conocimiento y voluntad de adquirir una situación de inimputabilidad o imputabilidad disminuida posterior, aceptando la posibilidad que en esa condición podía cometer cualquier hecho ilícito, menos de utilizarla para ejecutarlo con absoluta intención (como coartada o simplemente, para adquirir valor)...⁷⁰ (El subrayado es del original).

En relación con la *actio libera in causa*, con amplitud ambos Magistrados anotaron:

“...debe destacarse que el instituto de la *actio libera in causa* no debe aplicarse como instrumento para presumir que siempre que se da un consumo voluntario y libre de alcohol o drogas se debe excluir la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida, ni tampoco para presumir, por ello, que la *actio libera in causa* siempre es dolosa, pues como se ha adelantado, también puede ser de carácter imprudente. Expuesto en otros términos, para imputar al autor la acción ejecutada con incapacidad de culpabilidad o su disminución, por el consumo de alcohol, no basta con citar el numeral 44 referido, ni con exponer el concepto legal o dogmático penal de la *actio libera in causa*, ni con presumir que esta siempre se da, o que siempre es dolosa. Esto significa que, una vez que se constate que para la ejecución de un ilícito medió un consumo de alcohol o drogas que afecta la capacidad de culpabilidad, si lo que se pretende es imputar responsabilidad al autor por vía de la *actio libera in causa*, necesariamente deben aplicarse los requisitos objetivos y subjetivos planteados para los delitos dolosos y para los delitos imprudentes, en relación con aquella acción precedente. De lo contrario, la figura en estudio sería utilizada como una simple mampara para ocultar meros criterios de responsabilidad objetiva en la imputación de los ilícitos cometidos bajo aquellas circunstancias. Siendo así: 1.- Tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes, **desde el punto de vista objetivo**, debe analizarse la relación o nexo de causalidad entre

la acción precedente en que el autor ingiere alcohol o drogas y la acción típica finalmente ejecutada bajo condiciones de incapacidad de culpabilidad o capacidad de culpabilidad disminuida por consumo de alcohol o drogas...” () “...2.- Una vez realizada esa vinculación causal, se debe analizar, **bajo criterios de tipicidad subjetivos**, la relación entre el acto precedente, con el cual el sujeto actuante se coloca en aquel estado, y la acción o resultado ilícito que finalmente sobreviene. Lo cual significa, simple y llanamente: 2.1.- Que para el caso de la actio libera in causa dolosa, debe existir (y así debe constatarse mediante la prueba de indicios pertinente) un doble dolo, en el sentido de que, de acuerdo a su plan de autor, en el momento antecedente en que aun es imputable, el sujeto actuante (2.1.1.) conoce y quiere (dolo) provocarse su inimputabilidad o imputabilidad disminuida, pero además (2.1.2.) lo hace con el conocimiento y voluntad (dolo) de ejecutar luego una acción típica específica en estado de incapacidad (En idéntico sentido se pronuncia lo más autorizado de la doctrina penal costarricense: Castillo González, Francisco. Op. Cit., Tomo II, pp. 544 a 546). 2.2- Pero además, según lo considera esta Sala, desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, para el caso de la actio libera in causa imprudente o culposa, para el sujeto actuante debe existir previsibilidad en el sentido de que, en el momento antecedente en el cual aún era imputable, el autor debe al menos prever o poder prever (y así se debe constatar mediante los indicios relevantes) como posible la ejecución de la acción o resultado típico específico, que finalmente se ejecuta en estado de incapacidad. Si aun existiendo esa previsibilidad, el sujeto continúa con la ingesta de alcohol de manera imprudente, entonces será responsable a ese título por el delito que sobrevenga posteriormente en estado de incapacidad, claro está, si el mismo se encuentra contemplado en la legislación costarricense (la cual, como bien se sabe sigue el sistema de numerus clausus para los delitos imprudentes). En ambos supuestos, el de la actio libera in causa dolosa, y el de la actio libera in causa imprudente, cuando el autor se coloca en estado de incapacidad, respectivamente, ha de representarse dolosamente, o al menos ha de poder prever, que va a ejecutar un tipo penal determinado. Estas exigencias son una consecuencia directa del principio legalidad penal y del principio de culpabilidad, es decir, de la necesaria vinculación de la tipicidad subjetiva con un tipo penal concreto...”⁷¹ (El subrayado y la negrita son del original).

En este caso, el Magistrado y la Magistrada aparte de tener por acreditada la incapacidad de culpabilidad de la imputada al momento de los hechos, tuvieron por demostrada su condición de alcohólica crónica⁷², asumieron el criterio de que resultaba aplicable una medida de seguridad de seguridad de seguridad curativa, consistente en el sometimiento a

un tratamiento como alcohólica, durante el tiempo que así se requiera, bajo los supuestos de control a través del tiempo que, sobre estas medidas, le asigna la ley a los entes jurisdiccionales⁷³. Al exponer los fundamentos de dicha decisión apuntaron:

“...Pero además, aparte de lo anterior, según lo aprecia esta Sala, tampoco se mencionan, ni existen, indicadores de que al momento de la acción precedente la autora conociera y quisiera provocarse su inimputabilidad con la finalidad ulterior de atacar a la agraviada en estado de incapacidad; de manera que no se puede concluir, como erróneamente lo hace el Tribunal, que a M.S. se le debe imputar unas lesiones graves dolosas. Tampoco existe prueba de indicios de que, en aquel momento de la acción precedente, la endilgada debía al menos poder prever que tendría un altercado con la ofendida, que la agrediría y le provocaría las lesiones graves que finalmente le produjo. Por el contrario, al hacer el análisis acerca del dolo o la previsibilidad en la acción antecedente, en cuanto al delito concreto de lesiones que la encartada ejecutó bajo circunstancias de inimputabilidad por consumo de alcohol, lo que se puede concluir es que ninguno de los requisitos de tipicidad subjetiva mencionados existió, justamente porque, debido a su padecimiento alcohólico, la encartada se emborrachaba frecuentemente, todos los días por lo menos desde una semana antes de los hechos. Frente a este dato, objetivamente constatado, no se puede concluir que la acriminada hiciera uso frecuente del alcohol con el conocimiento y voluntad de cometer el ilícito concreto por el cual se le responsabilizó finalmente, ni tampoco se puede inferir que al hacerlo podía prever al menos la ejecución de aquel ilícito y que aún así siguió tomando imprudentemente. Desde la perspectiva de quienes suscribimos este considerando, las posibilidades de construcción probatoria sobre el tema se han agotado, por lo que un eventual juicio de reenvío sería innecesario e inútil. En lugar de ello, permanece una duda razonable, insuperable, de que la encartada se haya colocado dolosa o imprudentemente en el estado de incapacidad bajo el cual ejecutó la agresión contra la agraviada y le provocó unas lesiones graves. Por ello, en virtud del principio in dubio pro reo, lo que corresponde es casar la sentencia en cuanto, mediante el instituto de la actio libera in causa, declara a la acusada como autora responsable del delito de lesiones graves dolosas...”⁷⁴.

Mediante procedimiento extraordinario de revisión de sentencia, la Sala Tercera, integrada por tres Magistrados Titulares y dos Suplentes, en la resolución 2013-1048 por unanimidad dispuso:

“...Es importante señalar que inimputabilidad es el estado en que se encuentra quien carece de capacidad para comprender el carácter ilícito del hecho o bien de actuar según dicha comprensión. Se reconoce como causas de ese estado la enfermedad mental y la grave perturbación de la conciencia. Si dicho estado se encuentra asociado al consumo de bebidas alcohólicas u otras sustancias psicoactivas, se considerara que existe inimputabilidad en los casos en que el consumo se dio de manera accidental o involuntaria. Consecuentemente, si el sujeto activo de manera voluntaria se coloca bajo el influjo de alguna droga, ello no le exime de responsabilidad por los hechos que cometa en tal estado...” () “...En el presente caso, no se tuvo por acreditado que el encartado se encontrara bajo la influencia de drogas o alcohol, y aún si ello pudiera derivarse de la supuesta referencia que hizo el ofendido, para admitir la tesis de inimputabilidad o inimputabilidad disminuida que pretende el revisionista, sería necesario determinar que dicha situación no fue provocada de manera voluntaria por el encartado...”⁷⁵.

Nótese que dicho criterio parte de que para poder admitir que se configura una inimputabilidad o imputabilidad disminuida necesariamente debe demostrarse que el consumo se dio de manera accidental o involuntaria, reafirmando la posición sostenida por la Sala de lo Penal en el voto 795-97 y subsiguientes.

En el asunto más reciente en que se discutió el tema de la *actio libera in causa* en la Sala Tercera intervinieron cinco Magistrados y Magistradas Suplentes. Al resolverse el procedimiento de revisión interpuesto indicaron:

“...La jurisprudencia de esta Sala ha sostenido reiteradamente, que la aplicación de los artículos 42 y 43 del Código Penal - los cuales regulan la inimputabilidad e imputabilidad disminuida - se limita, en el caso de ingesta de alcohol o sustancias enervantes, al consumo accidental o involuntario...” () “...Tal y como indica el numeral 44 del Código Penal, para la aplicación del *actio libera in causa*, no es necesario que el sujeto se haya colocado en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida con el propósito de cometer un delito, sino que basta que lo haya hecho en forma voluntaria. En el supuesto particular, de conformidad con la prueba incorporada, se tiene que el consumo de droga y alcohol por parte de M.A.S., obedeció a que en Liberia se estaban celebrando fiestas, y el sindicato había decidido participar

de ellas, consumiendo licor (f. 227 vto.). Por ello, de conformidad con el artículo 44 del Código Penal, aún teniendo por cierto que la comprensión de la antijuridicidad de su conducta, y la posibilidad de determinarse conforme a dicha comprensión, se vieren afectadas en algún grado por su ingesta de alcohol y droga, es lo cierto que la culpabilidad del encartado por la conducta realizada, en daño de A.L.A., no sufrió afectación... ”⁷⁶.

Debe rescatarse que la Magistrada Suplente que en el voto 2013-0606 expuso su posición particular sobre la *actio libera in causa* junto a uno de los Magistrados Titulares, en la resolución 2013-1342 expresó:

“...Considero importante aclarar mi punto de visto en torno a la aplicación de la actio libera in causa, que a diferencia de lo establecido en este voto –siguiendo el criterio tradicional- no considera necesario establecer que dolosa o imprudentemente, el sujeto se colocara en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, bastando tan solo que el hecho de ingesta se realizara de forma voluntaria... ”⁷⁷.

La lectura detallada de las sentencias expuestas lleva a concluir que la Sala de Casación Penal de Costa Rica, salvo notas aisladas redactadas en tres sentencias por tres Magistrados (dos Suplentes y uno Titular), desde el año 1997 ha venido aplicando la *actio libera in causa* a los supuestos en que la persona acusada de forma libre y voluntaria decidió ingerir sustancias como alcohol o drogas, asumiendo que dicho consumo, ineludiblemente imposibilita decretar una inimputabilidad o imputabilidad disminuida. No se comparte esta posición.

6. CONCLUSIONES

En un proceso penal, para imponerle a una persona una pena de prisión, es indispensable demostrar la capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

La capacidad de culpabilidad puede excluirse o disminuirse como consecuencia de trastornos o anomalías mentales de carácter orgánico o de base biológica, así como también producto de trastornos de la conciencia cuya causa puede no ser de esa naturaleza. Necesariamente esos fenómenos deben influir en la capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto.

La perturbación de la conciencia puede obedecer al consumo de bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siendo relevante su análisis conforme a la teoría de la *actio libera in causa*.

La alic es una figura controvertida. Su discusión no ha sido pacífica en la doctrina. Lo anterior, en razón de que al momento de la comisión del delito el autor no tiene capacidad de culpabilidad, pero en un momento anterior, cuando aun no se encontraba en este estado, produjo su propia incapacidad de culpabilidad.

Todos los modelos que se han planteado tienen sus falencias. Para la teoría de la excepción tiene trascendencia la acción posterior (el momento en que es inimputable). El modelo del injusto típico fundamenta la imputación jurídico-penal sobre la base de la acción precedente. De acuerdo con la teoría de la provocación relevante, la persona debe querer o, por lo menos prever la específica situación defectuosa posterior bajo la cual lesionará un bien jurídico. La teoría de la autoría mediata en la modalidad de auto instrumentación sostiene que es posible que el autor se instrumentalice a sí mismo consumiendo bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con la finalidad de cometer un delito. Sin embargo, tal y como lo expone Zaffaroni, la mayor objeción que merece la teoría de la alic, es que el sujeto sobrio no puede saber lo que hará o sucederá en estado de incapacidad psíquica⁷⁸. Por lo menos, no lo sabrá en la mayoría de los casos.

Indistintamente de la teoría que se asuma, lo cierto es que las posibles soluciones que se han ofrecido no parecen ser las más satisfactorias, siendo válido el planteamiento de Alcácer Guirao en cuanto a que la *actio libera in causa* pone en tela de juicio el presupuesto de partida de la actual evolución de la teoría del delito: su orientación teleológica, al mostrarse el sistema incapaz de dar una solución a un problema político-criminal⁷⁹.

En países como España se ha optado por una fórmula en la que se contempla la preordenación al decir “*siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla*”, así como el dolo eventual y la culpa al indicar, siempre y cuando “*no se hubiese previsto o debido prever su comisión*” (Art. 20 inciso 2) del Código Penal).

El Código Penal costarricense, pareciera que, en el artículo 44, con una redacción confusa sigue el modelo de la excepción. Este numeral es criticable en cuanto admite la posibilidad de agravar la pena “... *si el propósito del agente hubiere sido facilitar su realización o provocarse una excusa*”. La agravación en realidad constituye la *actio libera in causa* en

sí misma. Nótese que en el fondo es similar a la redacción del Código Penal español cuando dispone “*siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla*”.

No existe una razón de peso para agravar la pena en tal supuesto. En estos casos, el dolo ya abarca el resultado, entonces, ¿para qué agravar más la sanción? No se está ante un caso donde el medio utilizado sea útil para asegurar el resultado o disminuir la posibilidad de defensa de la víctima como ocurre por ejemplo con un robo agravado (por la utilización de un arma). Tampoco se encuentra ante un supuesto especial como ocurre en el llamado homicidio *criminis causa*, que se califica el homicidio, porque la persona mata “...*para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar, para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito*”, es decir, donde un delito está en función de otro.

A nivel jurisprudencial reviste especial atención la sentencia 3411-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la cual se dispuso que cuando el imputado se coloca voluntariamente en un estado de perturbación a efecto de cometer determinada conducta constitutiva de delito, se utiliza a sí mismo como medio para la realización del ilícito, aceptándose que con la alic se presenta una especie de autoría mediata en la modalidad de auto instrumentación.

La Sala de Casación Penal de Costa Rica en la sentencia 0795-97 aceptó que se podía estar en presencia de una alic cuando “*El sujeto, a sabiendas de que la bebida que se le presenta le colocará en estado de inimputabilidad, voluntaria y conscientemente la toma, colocándose dolosamente en ese estado*”, siendo reiterada dicha resolución hasta la actualidad, salvo por lo consignado en notas aisladas de dos Magistrados y una Magistrada en las sentencias 2012-0936, 2013-0606 y 2013-1342. La constante ha sido aplicar la *actio libera in causa* a los supuestos en que la persona acusada de forma libre y voluntaria decidió ingerir sustancias, llámese alcohol o drogas, asumiendo que dicho consumo, no puede traducirse en una inimputabilidad o imputabilidad disminuida. Básicamente la fórmula que se ha venido aplicando es la siguiente: Consumo voluntario (Cv) + Conducta delictiva en Estado Defectuoso (CdEd) = Delito Doloso (Dd).

Sancionar la ingesta voluntaria de las sustancias que provocan una perturbación de la conciencia y no la ingesta voluntaria para cometer un hecho ilícito particular es desnaturalizar la *actio libera in causa*.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura de la responsabilidad penal*. Atelier, Barcelona, 2004.

BUSATO, PAULO CÉSAR: Actio libera in causa y acción significativa. En: *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 479-513.

CAMACHO MORALES, JORGE; MONTERO MONTERO, DIANA Y VARGAS GONZÁLEZ, PATRICIA: *La Culpabilidad: teoría y práctica*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2007.

CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO: *Derecho Penal, Parte General*. Tomo II, Editorial Jurídica Continental, San José, 2010.

CHAN MORA, GUSTAVO: *La Culpabilidad Penal*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2012.

CHAN MORA, GUSTAVO: CAPACIDAD DE CULPABILIDAD PENAL Y LIBERTAD DE DECISIÓN. ACERCA DEL DEBATE ENTRE LAS NEUROCIENCIAS, LA FILOSOFÍA DE LA MENTE Y EL DERECHO PENAL, *Revista Electrónica de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, 6, 2013, pp. 78-114.

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO: La actio libera in causa: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho? En: Arroyo Zapatero, Luis/ Berdugo Gómez, Ignacio (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 993-1012.

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO: *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Comares, Granada, 2003.

DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR: *Actio libera in causa, Culpabilidad y Estado de Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 15-21.

DURAND, MARK Y BARLOW, DAVID: *Psicopatología. Un enfoque integral de la psicología anormal*, Cengage Learning, México, 2007.

HORMAZABAL MALAREE, HERNÁN: Culpabilidad y actio libera in causa. En: *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 517-535.

JOSHI JUBERT, UJALA: *La doctrina de la actio libera in causa*. Bosch, Barcelona, 1992.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal. *Derecho Penal y Criminología*, 10 (35), 1998, pp. 27-38.

NAVAS APARICIO, ALFONSO: *Código Penal de Costa Rica Comentado*, ULACIT, San José, 2011.

ROXIN, CLAUS: Observaciones sobre la «actio libera in causa». *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, España, Tomo 41, Enero-Abril, 1988, pp. 21-38.

PADILLA ALBA, HERMINIO: Algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa en el derecho penal español. En: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Editorial Universidad de Granada, Granada, N° 3, 2001.

VITALE, GUSTAVO: Estado constitucional de derecho y derecho penal. En: *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Editorial Ad hoc, Argentina, 1998, pp. 71-129.

ZAFFARONI, EUGENIO: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires: 2002.

Jurisprudencia Nacional

Sala constitucional de la corte suprema de justicia

Sentencia 3411-92, de las quince horas, del diez de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala tercera de la corte suprema de justicia

Sentencia de las once horas y cuarenta y seis minutos, del nueve de enero de dos mil catorce.

Sentencia 2013-1342, de las once horas cuarenta y siete minutos, del veinte de setiembre de dos mil trece.

Sentencia 2013-1048, de las once horas y cuarenta y seis minutos, del nueve de agosto de dos mil trece.

Sentencia 2013-0606, de las once horas y treinta minutos, del veinticuatro de mayo de dos mil trece.

Sentencia 2013-0523, de las diez horas y cinco minutos, del diecisiete de mayo de dos mil trece.

Sentencia 2012-1583, de las quince horas y cincuenta y seis minutos, del dieciocho de octubre de dos mil doce.

Sentencia 2012-0936, de las diez horas y treinta minutos, del quince de junio de dos mil doce.

Sentencia 2012-0834, de las diez horas y treinta minutos, del veinticinco de mayo de dos mil doce.

Sentencia 2011-0991, de las diez horas y veinticinco minutos, del cinco de agosto de dos mil once.

Sentencia 2011-0934, de las once horas treinta y ocho minutos, del veintinueve de julio del dos mil once.

Sentencia 2010-0957, de las dieciséis horas y treinta minutos, del catorce de setiembre del dos mil diez.

Sentencia 2007-1343, de las diez horas quince minutos, del doce de noviembre de dos mil siete.

Sentencia 2007-0309, de las nueve horas cincuenta y dos minutos, del treinta de abril de dos mil siete.

Sentencia 2005-0783, de las ocho horas cincuenta minutos, del quince de junio de dos mil cinco.

Sentencia 2004-0415, de las diez horas diez minutos, del treinta de abril de dos mil cuatro.

Sentencia 2003-0257, de las once horas veinte minutos, del veinticinco de abril de dos mil tres.

Sentencia 2000-0446, de las once horas con treinta minutos, del veintiocho de abril de dos mil.

Sentencia 0795-97, de las dieciséis horas diez minutos, del siete de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Legislación

Código Penal de Costa Rica. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2013.

Código Penal y legislación complementaria de España, 2015. Disponible en http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1

Código Penal Alemán. En C. López Díaz (traductora), Traducción del Strafgesetzbuch, 1999. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf

NOTAS

1 Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Especialista en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España.

2 Véase el ilustrativo artículo de CHAN MORA, Gustavo, *CAPACIDAD DE CULPABILIDAD PENAL Y LIBERTAD DE DECISIÓN. ACERCA DEL DEBATE ENTRE LAS NEUROCIENCIAS, LA FILOSOFÍA DE LA MENTE Y EL DERECHO PENAL*. Revista Electrónica de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 6, 2013, pp. 78-114, en el que el autor analiza el concepto de capacidad de culpabilidad o imputabilidad penal desde un enfoque meta-dogmático,

según el cual, en este concepto se pueden integrar datos sobre el desarrollo funcional y estructural del cerebro humano para que sean valorados, desde criterios normativos, en relación con su incidencia sobre la capacidad de comprensión y de acción que tiene el sujeto juzgado, respecto de las normas penales.

3 ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002, p. 696.

4 MUÑOZ CONDE, Francisco, *La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal*. *Derecho Penal y Criminología*, 10 (35), 1998, pp. 27-38.

5 CHAN MORA, Gustavo, *La Culpabilidad Penal*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2012, p. 54.

6 CHAN MORA, Gustavo, *La Culpabilidad Penal*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2012, p. 55.

7 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2010-00957, de las dieciséis horas y treinta minutos, del catorce de setiembre del dos mil diez.

8 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2011-00934, de las once horas treinta y ocho minutos, del veintinueve de julio del dos mil once.

9 DURAND, Mark y BARLOW, David, *Psicopatología. Un enfoque integral de la psicología anormal*, México, Cengage Learning, 2007, p. 70.

10 BUSATO, Paulo César, *Actio libera in causa y acción significativa*. En: Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tiran lo Blanch, 2008, pp. 479-513.

11 PADILLA ALBA, Herminio, *Algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa en el derecho penal español*. En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 3, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2001. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-04.html.

12 ROXIN, Claus, "Observaciones sobre la «actio libera in causa»". España, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 41, Enero-Abril, 1988, pp. 21-38.

13 CAMACHO MORALES, Jorge; MONTERO MONTERO, Diana y VARGAS GONZÁLEZ, Patricia, *La Culpabilidad: teoría y práctica*. San José, Investigaciones Jurídicas .S.A., 2007, p. 147.

14 HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Culpabilidad y actio libera in causa*. En: Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tiran lo Blanch, 2008, pp. 517-535.

15 BUSATO, Paulo César, *Actio libera in causa y acción significativa*. En: Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tiran lo Blanch, 2008, pp. 479-513.

16 ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura de la responsabilidad penal*. Barcelona, Atelier, 2004, p. 18.

17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002, p. 704.

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002, p. 704.

19 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002, p. 707.

20 ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura de la responsabilidad penal*. Barcelona, Atelier, 2004, p. 18.

21 ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura de la responsabilidad penal*. Barcelona, Atelier, 2004, p. 30.

22 JOSHI JUBERT, Ujala, *La doctrina de la actio libera in causa*. Barcelona, Bosch, 1992, p. 410.

23 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 272.

24 DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La actio libera in causa: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?* En: Arroyo Zapatero, Luis/ Berdugo Gómez, Ignacio (coord.), Homenaje al Dr. Marino Barbe-

ro Santos: In Memoriam, Vol. I, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 993-1012.

25 ROXIN, Claus, “*Observaciones sobre la «actio libera in causa»*”. España, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 41, Enero-Abril, 1988, pp. 21-38.

26 ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura de la responsabilidad penal*. Barcelona, Atelier, 2004, p. 93.

27 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 272.

28 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 273.

29 PADILLA ALBA, Herminio, *Algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa en el derecho penal español*. En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 3, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2001. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-04.html.

30 DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La actio libera in causa: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?* En: Arroyo Zapatero, Luis/ Berdugo Gómez, Ignacio (coord.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam, Vol. I, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 993-1012.

31 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 274.

32 DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La actio libera in causa: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?* En: Arroyo Zapatero, Luis/ Berdugo Gómez, Ignacio (coord.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam, Vol. I, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 993-1012. A criterio de este autor el modelo del injusto típico es el acertado, sin embargo, considera que es necesario profundizar en las críticas alegadas frente al mismo, particularmente en lo referente al comienzo de la tentativa, sin que ello implique un obstáculo insalvable. Un análisis más exhaustivo puede consultarse en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*. Granada, Comares, 2003.

33 ROXIN, Claus, “*Observaciones sobre la «actio libera in causa»*”. España, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 41, Enero-Abril, 1988, pp. 21-38.

34 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 275.

35 PADILLA ALBA, Herminio, *Algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa en el derecho penal español*. En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 3, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2001. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-04.html.

36 ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura de la responsabilidad penal*. Barcelona, Atelier, 2004, p. 31.

37 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 275.

38 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 275.

39 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 277.

40 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 272.

41 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, pp. 277-278.

42 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 282.

43 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 284.

44 A criterio de JOSHI JUBERT, para castigar por actio libera in causa dolosa es necesaria la presencia del triple dolo: doble dolo en la provocación más dolo durante la lesión. Al respecto véase: *La doctrina de la actio libera in causa*. Barcelona, Bosch, 1992, p. 416.

45 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Penal, Parte General*. Tomo II, San José: Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 544-545.

46 VITALE, Gustavo, *Estado constitucional de derecho y derecho penal*. En: *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Argentina, Editorial Ad hoc, 1998, pp. 71-129.

47 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Penal, Parte General*. Tomo II, San José: Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 548. En igual sentido se ha manifestado la mayoría de la doctrina entre quienes puede citarse a JOSHI JUBERT, DÍAZ PITA y ROXIN.

48 DÍAZ PITA, María del Mar, *Actio libera in causa, Culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia, Tirant lo blanch, 2002, pp. 15-21.

49 Código Penal y legislación complementaria de España, 2015. Disponible en http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1

50 Código Penal Alemán. En C. López Díaz (traductora), Traducción del *Strafgesetzbuch*, 1999. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20080616_02.pdf

51 PADILLA ALBA, Herminio, *Algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa en el derecho penal español*. En: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N° 3, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2001. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-04.html.

52 **Inimputabilidad**. ARTÍCULO 42.- Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes. **Impu-tabilidad disminuida**. ARTÍCULO 43.- Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente, en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

53 Código Penal de Costa Rica. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2013.

54 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Penal, Parte General*. Tomo II, San José: Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 531.

55 NAVAS APARICIO, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*. San José, ULACIT, 2011, p. 273.

56 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 3411-92, de las quince horas, del diez de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

57 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 3411-92, de las quince horas, del diez de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

58 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 0795-97, de las dieciséis horas diez minutos, del siete de agosto de mil novecientos noventa y siete.

59 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2000-0446, de las once horas con treinta minutos, del veintiocho de abril de dos mil.

60 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2003-0257, de las once horas veinte minutos, del veinticinco de abril de dos mil tres.

61 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2004-0415, de las diez horas diez minutos, del treinta de abril de dos mil cuatro.

62 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2007-0309, de las nueve horas cincuenta y dos minutos, del treinta de abril de dos mil siete; 2007-1343, de las diez horas quince minutos, del doce de noviembre de dos mil siete.

63 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2011-0991, de las diez horas y veinticinco minutos, del cinco de agosto de dos mil once.

64 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2005-0783, de las ocho horas cincuenta minutos, del quince de junio de dos mil cinco.

65 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-0834, de las diez horas y treinta minutos, del veinticinco de mayo de dos mil doce.

66 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-0936, de las diez horas y treinta minutos, del quince de junio de dos mil doce.

67 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2012-1583, de las quince horas y cincuenta y seis minutos, del dieciocho de octubre de dos mil doce.

68 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-0523, de las diez horas y cinco minutos, del diecisiete de mayo de dos mil trece.

69 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-0606, de las once horas y treinta minutos, del veinticuatro de mayo de dos mil trece.

70 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-0606, de las once horas y treinta minutos, del veinticuatro de mayo de dos mil trece.

71 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-0606, de las once horas y treinta minutos, del veinticuatro de mayo de dos mil trece.

72 La adicción y el alcoholismo crónico, en algunos países han sido consideradas como circunstancias atenuantes. En otros, se ha estimado que pueden ser causas de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, siendo viable la imposición de medidas de seguridad como el internamiento en establecimientos de desintoxicación.

73 La Sentencia 2013-0606 fue corregida en su parte dispositiva con la redacción que se indica, mediante sentencia de las once horas y cuarenta y seis minutos, del nueve de enero de dos mil catorce, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

74 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-0606, de las once horas y treinta minutos, del veinticuatro de mayo de dos mil trece.

75 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-1048, de las once horas y cuarenta y seis minutos, del nueve de agosto de dos mil trece.

76 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-1342, de las once horas cuarenta y siete minutos, del veinte de setiembre de dos mil trece.

77 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2013-1342, de las once horas cuarenta y siete minutos, del veinte de setiembre de dos mil trece.

78 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002, p. 705.

79 ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura de la responsabilidad penal*. Barcelona, Atelier, 2004, p. 18.

EL PLAN BEPS DE LA OCDE/G20 Y EL TRATAMIENTO DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

M^a Gabriela Lagos Rodríguez

Profesora Titular de Universidad, de Hacienda Pública y Economía Política, de la UCLM

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN EL PROYECTO OCDE/ G20 BEPS. 3. LAS OPERACIONES VINCULADAS EN LA NUEVA REGULACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. 3.1. *Antecedentes* 3.2. *Los supuestos de vinculación* 3.3. *La valoración de las operaciones vinculadas: el análisis de comparabilidad* 3.4. *Métodos para determinar el valor normal de mercado* 3.5. *Las obligaciones de documentación y el régimen sancionador* 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN:

En los últimos años hemos asistido a un interés creciente de los Estados y las organizaciones supranacionales en las que se integran, por regular las operaciones mercantiles en las que intervienen partes que pueden ejercer influencia significativa en el contenido económico del acuerdo. En consonancia con esta tendencia, el tratamiento de las operaciones vinculadas ha ido tomando relevancia en la regulación del Impuesto sobre Sociedades español, recientemente modificado, mediante la Ley 27/2014, y de su Reglamento, aprobado por el RD 634/2015. El objetivo de este documento es poner de relieve los cambios introducidos en la normativa fiscal aplicable a las operaciones vinculadas y destacar su relación con la propuesta del Proyecto BEPS de la OCDE y el G20.

ABSTRACT:

In recent years we have witnessed a growing interest of States and supranational organizations that are integrated to regulate commercial transactions in which parties involved can exert significant influence on the economic substance of the agreement. In line with this trend, the treatment of related party transactions has become increasingly relevant to the regulation of Spanish corporate income tax, as recently amended by Law 27/2014, and the Regulations, approved by Royal Decree 634/2015. The purpose of this paper is to highlight the changes in the tax regulations applicable to related party transactions and highlight their relationship with the proposal of Project BEPS OECD and G20.

PALABRAS CLAVE:

Operaciones vinculadas, Impuesto sobre Sociedades, BEPS.

KEYWORDS:

Related party transactions, Corporate Income Tax, BEPS.

1. INTRODUCCIÓN

Las transacciones económicas realizadas entre sujetos con una relación de dependencia entre sí constituyen lo que conocemos como operaciones vinculadas. Al contrario de lo que ocurre en otros ámbitos fiscales, la normativa no ofrece una definición precisa del concepto y se limita a señalar las condiciones que estas operaciones deben verificar y los sujetos cuya participación determina su calificación como vincula-

da. El punto de partida del legislador español en su caracterización se remonta, de manera directa, a la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (LMPFF), centrándose en la consideración de que en tales transacciones existe un riesgo cierto de que los precios fijados difieran de aquellos que serían aplicados entre empresas independientes en un mercado de libre competencia. No se trata de una preocupación exclusiva de nuestro legislador, por el contrario, la tributación de las operaciones vinculadas es un tema de una importancia creciente en los últimos años, en los que se ha dado un impulso a las medidas dirigidas a evitar el fraude fiscal. En principio, el enfoque de nuestro legislador es coincidente con el trato que se les dispensa en el ámbito internacional. No puede negarse que tras el Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios¹ (Plan de Acción BEPS) que la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) presentó en julio de 2013 subyace la necesidad de evitar la elusión fiscal, cuando no el fraude, de los agentes económicos. Sin embargo, la necesidad de preservar la globalización económica y las ventajas que ésta reporta en términos de crecimiento económico, ha modulado las propuestas que finalmente ha hecho públicas la propia OCDE, como pondremos de manifiesto en nuestro trabajo.

El proceso, que se inicia en el referido 2013 a instancia del G20², da lugar al Proyecto OCDE/G20 de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BPES, en sus siglas en inglés) que se presenta a fines del año 2015 y que supone una concreción de las medidas que deben adoptar los países firmantes con este objetivo. Según datos de la propia OCDE, las pérdidas ocasionadas a los erarios públicos se estiman entre un 4% y un 10% de la recaudación global que debería recogerse en concepto de Impuesto sobre Sociedades en el mundo –entre 100 y 240 millones de dólares americanos por año–. Por tanto, el interés sobre las operaciones vinculadas adquiere una importancia especial cuando participan en ellas sujetos de diferentes soberanías fiscales. De hecho, el que ha sido considerado como núcleo fundamental del Proyecto BEPS, es el dedicado a los precios de transferencia, a cuya exposición dedicaremos el segundo apartado de este documento.

El propósito de este documento es poner de relieve la incidencia que los trabajos de la OCDE tienen en la regulación de las operaciones vinculadas en nuestro Ordenamiento, por tanto, dedicaremos a su análisis la tercera sección del artículo, en concreto, nos remitimos a la nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), que regula en su artículo 18 la fiscalidad de las operaciones vinculadas y a los aspectos más relevantes de los Capítulos V a X –artículos 13 a

44 –del Título I del RD 634/2015, de 10 de julio, por el que aprueba el Reglamento de Impuesto sobre Sociedades.

Por último, cerraremos con la exposición de las conclusiones que se deriven de nuestro análisis, siempre con la premisa de destacar las coincidencias y divergencias de la fiscalidad española con las directrices internacionales de la OCDE.

2. LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN EL PROYECTO OCDE/ G20 BEPS

La globalización de la Economía ha configurado un escenario de multiplicidad de opciones de radicación y comercio al alcance de los agentes mercantiles. La intensificación de la actividad económica transnacional es el ámbito ideal para la planificación de los grupos mercantiles, que pueden aprovechar las oportunidades que las diferentes legislaciones fiscales abren para reducir la carga impositiva de la entidad. Frente a esta realidad, las disposiciones fiscales nacionales tratan de establecer las condiciones aplicables a las transacciones intragrupo que determinan el reparto y asignación de beneficios a las entidades que lo forman, estando estas ubicadas en distintos países. La preocupación fundamental en el texto del Proyecto BEPS es asegurarse de dichas condiciones o pautas de referencia nacionales permitan que la atribución de beneficios se corresponda con la actividad económica que los genera, constituyendo, a nuestro entender, el elemento básico del mismo.

Así, el Proyecto BEPS se estructura en 15 Acciones dirigidas a diseñar la actuación fiscal en diferentes ámbitos que, a su vez, se orientan a tres finalidades reconocidas: introducir coherencia en las normas estatales que regulan las actividades transfronterizas, reforzar los requerimientos existentes en los estándares internacionales que fijan la exigencia de actividad substancial e incrementar la transparencia y el grado de certidumbre jurídica para las empresas y las Administraciones Tributarias. Las Acciones 8 a 10 se dedican al tratamiento de las operaciones vinculadas con el título de *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*. En concreto, el aspecto más relevante es la valoración de dichas operaciones de acuerdo a criterios de libertad de competencia a fin de garantizar que los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor.

El objetivo es evitar los efectos perjudiciales que estas operaciones pueden entrañar para para las Administraciones tributarias, favoreciendo la elusión de bases imponibles y la deslocalización de beneficios mediante el establecimiento de un precio convenido mayor o menor –según interese –al correspondiente del mercado. Además de los perjuicios a la recaudación fiscal, se trata de una situación contraria al principio de libre competencia –*arm's length principle*³ –, que se constituye como la regla esencial en materia de precios de transferencia. En atención a este principio, la referencia para estas operaciones será el precio que sería acordado en condiciones normales de mercado, entre partes independientes y en operaciones similares. Para realizar la citada comparación se deben considerar lo que las *Directrices* de la OCDE denominan como factores determinantes. Cada uno de estos factores implica la consideración de elementos diferentes de las operaciones vinculadas que permiten su valoración, a saber:

- a) Las características específicas de los bienes o servicios objeto de las operaciones vinculadas

El análisis de este factor de comparabilidad toma como referencia el objeto de la transacción, considerando que las diferencias de valor de los bienes y servicios se explican por las diferencias de sus características: en el caso de transmisiones de bienes tangibles, habrá que hacer atención a las características físicas de los mismos, sus cualidades y su fiabilidad, su disponibilidad y el volumen de la oferta; en el caso de la prestación de servicios, a la naturaleza y el alcance de los servicios; y en el caso de activos intangibles, la forma de la operación, el tipo de activo –patente, marca o *know-how* –, la duración y el grado de protección y los beneficios previstos derivados de la utilización del activo en cuestión

Por otro lado, este factor de comparabilidad suele ser muy significativo en el método del precio libre comparable, ya que cualquier diferencia en las características de los bienes tiene un efecto sobre el precio de éstos. Como la propia OCDE señala *la similitud en las características de los activos o servicios transmitidos será más relevante cuando se comparen precios de operaciones vinculadas y no vinculadas y menos relevante cuando se comparen márgenes de beneficios.*

- b) Análisis Funcional

La determinación del grado de comparabilidad de una transacción vinculada y otra potencialmente comparable realizada entre sujetos independientes, exige diferenciar las funciones asumidas por las partes en relación con las operaciones objeto de análisis, identificando los riesgos asumidos y ponderando, en su caso, los activos utilizados. El objetivo de este factor es identificar, y posteriormente comparar, las actividades significativas desde el punto de vista económico que se asumen por parte de la empresa en una transacción vinculada y en una transacción realizada entre sujetos independientes. Un aspecto importante del análisis de comparabilidad son los riesgos asumidos en la operación, que pueden ser de diferente naturaleza: los propios del mercado –cambios en los costes de los factores de producción y en los precios de los productos –, los financieros –tipo de cambio monetario y de interés –, así como los derivados de las pérdidas asociadas a las inversiones en propiedad, planta y equipo y a su deterioro, o al resultado las actividades de investigación y desarrollo. En cualquier caso, hay que considerar si la asignación de riesgos que se presenta ante la Administración tributaria resulta o no consistente con la sustancia económica de la operación y para ello, las *Directrices* proponen centrarse en las consecuencias que tendría dicha distribución en operaciones basadas en el principio de plena competencia. Tal como se señala en el documento referido, *en las relaciones comerciales en plena competencia tiene más sentido que cada parte asuma mayores cuotas de riesgo en aquellos aspectos sobre los que se tiene mayor control*. El problema más difícil de resolver será la distribución de los riesgos financieros que, en principio, podrían ser imputadas a cualquiera de las sociedades participantes, no obstante, en un contexto de mercados globales, las pérdidas asociadas a este factor pueden ser resultado de una estrategia del grupo multinacional para obtener *beneficios o pérdidas importantes que pueden ser asignados al lugar más ventajoso para el grupo multinacional*.

A diferencia de lo indicado en el factor anterior respecto al método de valoración más significativo, la importancia del análisis funcional resulta imprescindible en cualquiera de los métodos aplicados.

c) Cláusulas Contractuales

Deberán examinarse los términos contractuales que, en su caso, se deriven de las operaciones teniendo en cuenta las responsabilidades, riesgos y beneficios asumidos por cada parte contratante en una transacción vinculada y su comparabilidad con una transacción realizada entre sujetos independientes. Las cláusulas de una operación no sólo se refieren al contrato escrito, sino que pueden encontrarse e interpretarse a la luz de las comunicaciones entre las partes. En todo caso se deberán deducir de la conducta de las partes y de los principios económicos que rigen las relaciones entre empresas independientes, sobre todo cuando no exista un documento escrito.

Este factor de comparabilidad se integra en el análisis funcional y aporta una información significativa para la aplicación del método del precio libre comparable.

d) Circunstancias Económicas

Las características de los mercados en los que se entregan los bienes o se prestan los servicios, u otros factores económicos, pueden afectar a los precios de los bienes y servicios objeto de la transacción, por lo tanto, es necesario considerar el mercado de la transacción entre partes vinculadas y el de la transacción realizada entre sujetos independientes, para llevar a cabo el proceso de comparabilidad. Además de las características de mercado, se tendrán en cuenta otros criterios cuantitativos de las empresas participantes en la transacción entre partes vinculadas y sus respectivos comparables entre partes independientes. A título de ejemplo, las *Directrices* hacen referencia la localización geográfica, la dimensión y el grado de competencia del mercado, la posición competitiva de las partes, los costes de todo tipo asociados a la operación y al alcance de las reglamentaciones públicas que la afectan.

Este factor puede aportar información útil para cualquier método de valoración aplicado. Para ello, se tendrán que realizar los ajustes necesarios para que las características, tanto las de mercado como las de las propias entidades participantes y de la transacción, resulten equiparables.

e) Estrategias Mercantiles

Para realizar el análisis de comparabilidad se han de tener en cuenta las posibles estrategias comerciales que pueden modificar los precios de los bienes en una transacción. Éstas pueden referirse a un amplio elenco de aspectos propios de la empresa, como su política de innovación y desarrollo de nuevos productos, su tendencia a la penetración de nuevos mercados, su grado de diversificación o de asunción de riesgos. Asimismo, como las propias *Directrices* reconocen, existen otros factores relativos al entorno de la empresa y su propia valoración, que alcanza a los cambios políticos o la incidencia de las leyes vigentes y en proyecto.

Un aspecto de especial interés es la aplicación de estrategias empresariales son los supuestos en los que las empresas reducen sus ingresos presentes con una *expectativa razonable* de obtener unos ingresos futuros mayores. La asunción de mayores costes presentes –que comporta la reducción de su base imponible –puede ser fruto de una estrategia comercial aceptable en una operación en plena competencia y, en ese caso no debería ser alterada por la Administración so pretexto de pérdida de ingresos fiscales: *la reestructuración de operaciones comerciales legítimas constituiría un ejercicio totalmente arbitrario que resultaría injusto como consecuencia de producir doble imposición cuando la otra Administración tributaria no comparta el mismo punto de vista sobre cómo debería estudiarse la operación.*

Sin embargo, hay dos supuestos identificados en las *Directrices* que sí justifican la intervención de la Administración, que son: la utilización de una operación no ajustada a la naturaleza real de la misma y la existencia de acuerdos cuya valoración global no se ajuste a lo que se verificaría entre partes independientes. En el primer caso, hay una divergencia entre la forma legal de la operación y su esencia económica⁴, en el segundo, aun cuando forma y fondo de la operación coinciden, no existe racionalidad económica que permita una determinación del precio de transferencia por parte de la Administración⁵.

En los casos en los que se aplique este factor, se deberá analizar la parte vinculada que soporta el coste de la estrategia y, además, se ha de comprobar que el comportamiento de las partes vinculadas es consecuente con la estrategia declarada.

Aunque las Directrices aportaron un marco de referencia claro para administrados y Administración, se identificaron algunas disfuncionalidades en su aplicación práctica que podían generar un resultado no acorde con el valor creado por cada empresa dentro del grupo multinacional. Así el Proyecto BEPS aborda la revisión en materia de precios de transferencia en tres aspectos que considera fundamentales:

a) Operaciones de Intangibles –Acción 8 –

El problema que plantea este tipo de activos es que la atribución de los beneficios que generan puede minorar de manera importante la base imponible de una entidad en favor de otra cuya fiscalidad resulta más favorable. Tratándose de activos de gran valor, es fácil representarse la situación en la que la empresa que los genera –y que se imputa las deducciones fiscales vinculadas a I+D+i – puede no ser la que se atribuya los beneficios generados por el bien, sustrayéndolos a la soberanía fiscal de la entidad en que reside⁶. El criterio aplicable es que la titularidad jurídica de los intangibles no genera de por sí el derecho a percibir los beneficios derivados de su explotación. Es preciso que exista correspondencia entre la relevancia de las funciones que cada entidad desempeña con los beneficios que se le atribuyen; así, como la propia Acción destaca, si una empresa aporta los activos y controla riesgos económicamente relevantes, tendrá *derecho a una remuneración proporcional al valor de sus contribuciones*.

b) Asignación contractual de riesgos económicos –Acción 9 –

Esta Acción pretende dar respuesta a la estrategia de las multinacionales de reasignar los riesgos derivados de las operaciones comerciales entre las entidades que los componen. Aunque la actividad no experimente un cambio substancial, la mera atribución contractual de los riesgos altera la rentabilidad de la entidad que los asume, originando una erosión de su base imponible. El Proyecto señala, al respecto, que *los riesgos asumidos contractualmente por una parte que no tiene la capacidad, en la práctica, de ejercer un control específico y significativo sobre los riesgos, o que carece de capacidad financiera para asumir tales riesgos, serán atribuidos a la parte que ejerza efectivamente dicho control y que disponga de capacidad financiera suficiente para asumir los riesgos en cuestión*. Así, en el caso de que una empresa del

grupo se limite a proporcionar financiación, pero carezca de la capacidad necesaria para controlar los riesgos financieros derivados de su inversión, no podrá imputarse la rentabilidad correspondiente y solo podrá percibir el rendimiento exento de riesgo que corresponda al capital aportado –o menos si la transacción no tiene racionalidad comercial – .

c) Riesgos significativos para la correlación entre el resultado de la transferencia y la creación de valor –Acción 10 –

Se tratan en esta sección, algunas áreas de especial riesgo para lograr el objetivo de que la atribución de ingresos y gastos sea coherente con la generación de valor de cada operación. Así, se dispone el alcance de la recalificación de las rentas derivadas de operaciones que no son racionales desde una perspectiva comercial, disponiendo que, en tal caso, se ignoren los acuerdos a efectos de precios de transferencia. Otros aspectos tratados son el uso de los métodos de determinación de los precios de transferencia que provoca un diferimiento de las rentas procedentes de las principales actividades económicas del grupo y el objetivo de impedir que las multinacionales utilicen ciertos conceptos de gastos internos para reducir la base imponible de alguna entidad –tales como costes de gestión o de administración de la sociedad matriz –. Para todos estos casos, el Proyecto BEPS se remite al análisis de la transacción real que se verifica entre las entidades vinculadas. Así, se entiende que, dada una relación contractual, habrá que examinar la conducta de los intervinientes, que *complementará o reemplazará los términos contractuales cuando estos estén incompletos o resulten incompatibles con la conducta de las partes.*

Por último, se trata el problema de la asignación de beneficios a las actividades económicas, insistiendo en la necesidad de la correlación entre la atribución de los mismos con la contribución a su generación. El informe finaliza con el propósito de avanzar en 2016 y 2017 en el método de división de beneficios que tendrá que asegurar esa correspondencia entre los resultados en materia de precios de transferencia y la creación de valor, *incluso ante la existencia de cadenas de valor mundiales.*

3. LAS OPERACIONES VINCULADAS EN LA NUEVA REGULACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

3.1. Antecedentes

La fiscalidad de las operaciones vinculadas experimentó una reforma fundamental en el artículo 16 del derogado Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) y su desarrollo en los artículos 16 a 29 *nonies* del Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS). La redacción de ese precepto derivó de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal (LMPFF) y de su desarrollo normativo mediante el RD 1793/2008, del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, de 3 de noviembre, por el que se modificó el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el RD 1777/2004, de 30 de julio. Esta reforma tuvo dos objetivos fundamentales: el primero fue asegurar que dichas transacciones se realizaran en las mismas condiciones que las efectuadas entre partes independientes, es decir, que fueran realizadas a precios de mercado; y su segundo objetivo fue integrar la normativa internacional existente en nuestro Ordenamiento, con el fin de unificar las actuaciones de las distintas administraciones, adaptando, así, nuestra legislación al *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio* y a las *Directrices*, de la OCDE, y a los trabajos del Foro Común Europeo sobre Precios de Transferencia⁷ (FCPT).

En esencia, la regulación de las operaciones vinculadas de la Ley 36/2006 tiene un marcado carácter anti-elusivo y un claro objetivo de prevención del fraude fiscal. Prima la desconfianza del legislador respecto a la actitud de las partes implicadas en dichas operaciones, como muestra la exhaustividad con la que se trata la determinación del valor normal de mercado, la amplitud del ámbito de vinculación y las importantes cargas de documentación y sanciones aplicables. Así queda patente en la interpretación jurisprudencial: (...), *podemos decir que las reglas de valoración de las operaciones vinculadas cumplen fundamentalmente un función antielusiva que tiende a deshacer las consecuencias perjudiciales que para la Hacienda Pública se ocasiona por razón de la vinculación de las entidades o personas intervinientes, tratándose de reconducir el gravamen a aquel que se hubiera producido si la operación o la transacción se hubiera realizado entre entidades no vinculadas y, por tanto, en libre competencia, con objeto de gravar la renta de la misma proveniente del auténtico valor de la prestación o del objeto del contrato.*

Este punto de vista, centrado en la minoración del erario público y en la finalidad antielusiva, está formado por un concepto mucho más amplio que lo abarca y que se centra precisamente en la necesidad de asegurar un marco nacional e internacional de libre competencia, para lo que es necesario establecer mecanismos con el objeto de neutralizar los efectos perniciosos que tiene en el mercado y en el ámbito tributario de los Estados, la realización de operaciones por entidades vinculadas por un precio muy superior o muy inferior al precio que fija el mercado, es decir, al precio que se fijaría en condiciones de libre competencia. (STS, 5545/2012)

En el mismo sentido, y según señala Martín (2010: 10-11) la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 10 de enero de 2007⁸ abunda en la consideración anterior al señalar que *la finalidad primordial de los precios de transferencia es trasladar los beneficios de una empresa a otra, lo que puede suponer, si se trata de dos entidades sujetas a una misma soberanía fiscal, la elusión del pago del Impuesto sobre Sociedades dado que los beneficios se tenderán a situar en aquella sociedad o sociedades del grupo con una situación permanente o cuasi-permanente de pérdidas de manera que éstas absorban la totalidad o la mayor parte de aquéllos. Este traslado de beneficios mediante los precios de transferencia se realiza, igualmente, entre sociedades sujetas a distintas soberanías fiscales con el fin de colocar los beneficios en los países de menor nivel impositivo.*

La reciente reforma de la fiscalidad directa española, producida mediante Ley 27/2014, aporta una regulación coherente con los antecedentes inmediatos de la fiscalidad de las operaciones vinculadas. En esencia, las modificaciones no han alterado los preceptos sobre los que se basaba el anterior TRLIS, sigue, por tanto, estableciendo una regulación orientada a impedir el fraude fiscal, con cargas importantes de documentación y sanciones relevantes, como mostraremos a continuación.

3.2. Los supuestos de vinculación

Al igual que ocurría en el TRLIS, el artículo 18 de la nueva LIS no contiene una definición del concepto de operación vinculada, antes bien, el tratamiento normativo se limita a señalar los supuestos que provocan la vinculación entre personas o entidades. No obstante, pueden definirse, con carácter general, como cualquier tipo de operación, tanto ordinaria –ingresos y gastos corrientes– como como extraordinaria –compraventa de inmovilizado, valores, fusiones, etc.–, realizada entre entidades o personas dependientes entre sí y que, por tanto, son susceptibles de ser pactadas a precios o contraprestaciones distintos de los que

se habrían fijado entre entidades o personas independientes, es decir, al valor de mercado. En este punto, la nueva normativa continúa con la asunción de las posiciones de la OCDE sobre operaciones vinculadas.

Los supuestos de vinculación se recogen en el artículo 18.2 de la LIS, que no difiere demasiado del 16.3 del derogado TRLIS. A tenor de lo dispuesto, podemos agrupar los supuestos de vinculación en dos apartados: por un lado, la relación entre una entidad y una persona física y, por otro, la relación entre dos entidades.

a) Una entidad y

1.1. sus socios o partícipes.

En este caso, y en todos los demás en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la participación deberá ser igual o superior al 25% lo que supone una elevación considerable de los límites previstos en la legislación anterior –el 5%, o el 1% si se trataba de valores admitidos a negociación en un mercado regulado –. Parece lógica esta nueva regulación en la medida en que responde de manera más adecuada a la auténtica influencia que una persona física puede ejercer en las decisiones de una entidad como socia o partícipe de la misma. Los porcentajes anteriores llevaban a aplicar las exigencias de documentación a operaciones con socios cuya influencia era escasa o nula.

1.2. sus consejeros o administradores.

La mención de los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho, es decir, aquéllos que gestionen o gobiernen la entidad aunque formalmente carezcan de la condición de administradores. El principal problema en esta materia es la falta de delimitación en la normativa de las circunstancias que pueden considerar a un administrador de hecho, ya que la Administración tributaria podría aplicar el mandato del artículo 18.2 en caso de que ésta así lo reconozca. En cualquier caso, se deja al margen la retribución por el ejercicio de sus funciones, ya que no se consideran vinculadas las rentas derivadas de las labores de dirección, control, toma de decisiones y asunción de responsabilidades por el desempeño de dicho cargo societario. La nueva redacción de la letra b) del

apartado 2 del artículo 18 de la LIS trae su origen en los artículos 217 y 218 de la Ley de Sociedades de Capital, en su redacción de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. En tanto la retribución de los administradores se sujeta a requisitos que restringen la posibilidad de apartarse del precio de mercado como referencia para el establecimiento de la retribución del cargo, parece lógica su exclusión como operación vinculada.

1.3. los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.

En cuanto al entorno de vinculación por parentesco, la normativa contempla a parientes colaterales y por afinidad, hasta el tercer grado –hermanos, tíos, sobrinos, etc. – pero junto a los cónyuges, de igual o diferente sexo, se niega vinculación a parejas o uniones de hecho. Pese a la equiparación de las uniones no matrimoniales en otros ámbitos jurídicos y, sobre todo pese a la regulación contable, que les da el mismo trato que los cónyuges, el legislador sigue condicionando la vinculación a la existencia del vínculo jurídico del matrimonio.

1.4. los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.

1.5. los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, no de los consejeros o administradores, de otra entidad cuando ambas sociedades pertenezcan a un grupo.

b) Dos entidades

2.6. que pertenezcan a un grupo.

La noción de grupo requiere que una entidad ostente, o pueda ostentar directa o indirectamente, el control sobre otra u otras entidades según los criterios establecidos en el artículo 42 del CCo, y con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

2.7. *otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social o de los fondos propios*

2.8. *las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente, en, al menos, el 25 por 100 del capital social o de los fondos propios.*

2.9. *residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.*

Por último, no se incluyen, a diferencia de la regulación del TRLIS, las referencias a los grupos de sociedades cooperativas –artículo 16.3, l) TRLIS – ni la vinculación entre una entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en España –artículo 16.3, k) TRLIS –, si bien se considerarán vinculadas las operaciones entre ambas entidades en función de su participación societaria.

En esencia, los supuestos de vinculación se corresponden con lo recogido en el artículo 9 del *Modelo de Convenio* de la OCDE, que precisa las situaciones de vinculación en términos de la participación directa o indirecta en la dirección, el control o el capital de una empresa o de unas mismas personas de un Estado contratante en otra residente de otro Estado. Sin embargo, a la luz de las modificaciones introducidas cabe señalar que la nueva LIS supone un perímetro de vinculación menos estricto que el aplicado con la regulación anterior.

3.3. La valoración de las operaciones vinculadas: el análisis de comparabilidad

Como ya he señalado, la aplicación del Valor Normal de Mercado (VNM) como criterio de valoración de estas operaciones es uno de los propósitos de la regulación fiscal, que trata así de aproximarse a la normativa contable, según se indica en la propia Exposición de Motivos de la LMPFF: *Las operaciones vinculadas se valorarán al valor normal de mercado, es decir, el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente estas operaciones debe corresponder con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia, entendiendo por el mismo valor normal de mercado, si existe un mercado representativo o, en su defecto, el derivado de aplicar determinados modelos y técnicas de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia.*

En consonancia con este objetivo, el artículo 18.1 de la LIS por el que se regula la valoración de las operaciones entre entidades vinculadas a efectos del IS, establece que: *Las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia.* El primer cambio advertido en la regulación de la LIS es la sustitución del término “valor normal de mercado” por el de “valor de mercado”, sin que quepa entender que haya alguna variación conceptual en el mismo. Dicho de otro modo: con independencia de su denominación, la LIS sigue tomando el *arm’s length principle* como regla en materia de precios de transferencia.

El análisis de comparabilidad se realiza con el fin de cotejar las circunstancias de las operaciones vinculadas con las circunstancias de operaciones entre personas o entidades independientes que puedan ser equivalentes y obtener, por tanto, el Valor de Mercado (VM) de la operación. Cuando las operaciones vinculadas que realice el obligado tributario sean similares o se hayan realizado de forma continua, el análisis de comparabilidad se realizará teniendo en cuenta el conjunto de las operaciones. No deben existir diferencias significativas entre los términos de la comparación y de existir, deberán realizarse los ajustes necesarios para equiparar las condiciones. En definitiva, el análisis de comparabilidad exige que se examinen los cinco factores que las *Directrices* de la OCDE señalan y que he tratado en el apartado anterior. Su aplicación debe referirse tanto a las transacciones objeto del análisis como a las transacciones entre partes independientes con las que se realiza la comparación.

La legislación anterior señalaba que si alguna de las circunstancias señaladas no se habían tenido en cuenta porque el obligado tributario no lo estimaba relevante, debería justificarlo en la documentación presentada. La redacción actual no lo contempla, lo que no quiere decir que no sea responsabilidad del contribuyente justificar la valoración de la operación vinculada, más bien parece entenderse que no será necesaria una justificación negativa –de los criterios no utilizados –sino que bastará que acredite los elementos que fundamentan su valoración. Por el contrario, si estuviésemos ante lo que la norma anterior señalaba como supuestos en los que no existan datos comparables de empresas independientes o cuando la fiabilidad de los disponibles sea limitada, sí que tendría sentido acudir a una justificación de los criterios descartados.

Este precepto es una norma imperativa de aplicación general que obliga tanto a la Administración como a los contribuyentes. En el supuesto de que los contribuyentes sean sujetos pasivos del IRPF o del IRNR, se remitirán también a lo establecido en este precepto. De no seguirse este criterio de valoración y en base a esta normativa, no valorar a VM constituye una infracción que conlleva la sanción por parte de la Administración tributaria. La norma española obliga, entre otras disposiciones, a valorar a precio de mercado todas las operaciones realizadas entre entidades o personas vinculadas, incluso en aquellas situaciones en las que no existe ningún tipo de estrategia de planificación fiscal, lo que excede la posición de las *Directrices* de la OCDE. Así, la propia institución señala que *Las Administraciones tributarias no deberían considerar automáticamente que las empresas asociadas pretenden manipular sus beneficios. Pueden existir dificultades reales en la determinación exacta del precio de mercado ante la ausencia de fuerzas de mercado o ante la adopción de una estrategia comercial particular. Es importante tener presente que la necesidad de practicar ajustes para aproximarse a las condiciones de plena competencia surge con independencia de cualquier obligación contractual asumida por las partes de satisfacer un precio en particular o de cualquier intento de minimizar la imposición fiscal. De esta manera, cualquier ajuste fiscal guiado por el principio de plena competencia no debería afectar a las obligaciones contractuales esenciales asumidas por las empresas asociadas sin una finalidad fiscal y podría ser procedente incluso cuando no hay intención de minimizar o evadir impuestos. La consideración de los precios de transferencia no debería confundirse con la consideración de los problemas del fraude o de la elusión fiscal, aun cuando las políticas de precios de transferencia puedan ser utilizadas para dichos fines.*

En este sentido, cabe remarcar el cambio que la Jurisprudencia puede impulsar en la concepción de la fiscalidad de las operaciones vinculadas. Así, la reciente STS 3075/2014 afirma que el mecanismo de ajuste secundario, esencial en el proceso de adaptación de la operación económica a su verdadera naturaleza jurídica, no es una norma antielusiva, sino una norma que determina la cuantía de la base.

3.4. Métodos para determinar el valor normal de mercado

El referido análisis de comparabilidad es la base para la elección del método de valoración aplicable a la operación vinculada. En el artículo 18.4 de la LIS se establecen los métodos a utilizar por los contribuyentes o la Administración tributaria para determinar el VM de la operación, de acuerdo a las *Directrices* de la OCDE. Nuestra legislación contempla el uso de los denominados métodos tradicionales –*método de*

precio libre comparable, del coste incrementado y del precio de reventa – y, los dos que el antiguo 16.4 contemplaba para casos en los que la complejidad de las operaciones no permitiera la aplicación adecuada de los métodos anteriores, son los denominados métodos del beneficio, e incluyen los métodos de la distribución del resultado y del margen neto del conjunto de operaciones.

La novedad del 18.4 es que no establece una regla de jerarquía sino que señala que *La elección del método de valoración tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la operación vinculada, la disponibilidad de información fiable y el grado de comparabilidad entre las operaciones vinculadas y no vinculadas.*

Pese a que los métodos tradicionales ya no son de aplicación prioritaria, son los más sencillos de utilizar entre los distintos métodos reconocidos por la normativa. Por tanto, es previsible que sigan siendo los más utilizados por contribuyentes y Administración. Sucintamente, son los siguientes:

a) Método del precio libre comparable

Este método consiste en comparar el precio del bien o servicio en una operación entre personas o entidades vinculadas con el precio del mismo bien o servicio en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias comparables, efectuando, si fuera necesario, los ajustes necesarios para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación⁹. En caso de que se presenten dificultades para realizar las correcciones de comparabilidad, no tiene que descartarse este método sino que puede ser completado con la utilización de otros métodos. Es el método más sencillo y directo, siempre que existan operaciones similares entre partes independientes.

b) Método del precio de reventa

En este método se sustrae del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

Se trata de un método contrario al anterior, puesto que en este método se tiene en cuenta las operaciones realizadas con el proveedor vinculado y las que el proveedor realiza con los clientes donde no existe vinculación (Martín, 2010).

Este método está indicado principalmente para operaciones de comercialización. Según establece la normativa para la obtención del VM se ha de tener en cuenta, tanto el margen de venta (Mv), como el precio de compra (Pc) y el de venta (Pv).

$$VM = Pv - (Pv \times Mv) \qquad Mv = \frac{(Pv - Pc)}{Pc}$$

En la aplicación de este método puede haber diferencias entre los bienes objeto de la operación, puesto que la remuneración de factores suele ser homogénea en bienes diferentes. Los factores que pueden afectar a la correcta aplicación de este método son:

- El tiempo, cuanto más tiempo menor exactitud debido a que existen mayores variaciones.
- El valor añadido, cuantas más transformación menor exactitud ya que depende de más variables.

c) Método del coste incrementado

Este método consiste en añadir al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación. La aplicación de este método está indicada para prestaciones de servicios o productos semi-terminados. Este método está pensado para los supuestos en que la relación de vinculación se da entre el obligado tributario y el cliente de sus bienes o servicios (Martín, 2010).

Para calcular el VM hay que determinar los costes de producción (C) –tanto los directos como los indirectos –, el precio de venta (Pv) de la entidad vinculada con una entidad

independiente, el margen del coste incrementado (M_c) que permite la obtención de un beneficio adecuado para la entidad.

$$VM = C + (C \times M_c) \qquad M_c = \frac{(Pv - C)}{C}$$

Existen una serie de inconvenientes para la aplicación de este método:

- Necesita aplicar un margen comparable a una base de datos comparable.
- Necesita realizar algunos ajustes si existen diferencias en cuanto a las funciones.
- Necesita realizar algunos ajustes cuando existen diferencias en las prácticas contables.

Los otros dos métodos se basan en el reparto del beneficio generado por la operación entre las partes intervinientes y son de mayor complejidad. A saber:

a) Método de la distribución del resultado

El método consiste en asignar a cada persona o entidad vinculada que realice de forma conjunta una o varias operaciones, la parte del resultado común que se derive de ellas en función de un criterio que refleje adecuadamente las condiciones que habrían suscrito personas o entidades independientes en circunstancias similares. La contribución de cada empresa se determinará a partir de un análisis funcional en base a los activos empleados y los riesgos asumidos.

Una modalidad en la aplicación del método es el análisis residual, en este caso se distribuye en una primera fase el beneficio mínimo para cada partícipe y luego el beneficio residual se asigna en función de las circunstancias que pongan de manifiesto el reparto que se habría llevado entre empresas independientes.

b) Método del margen neto del conjunto de operaciones

En este método se atribuye a las operaciones realizadas con una persona o entidad vinculada el resultado neto, calculado sobre costes, ventas o la magnitud que resulte más adecuada, en función de las características de las operaciones que el contribuyente o, en su caso, terceros habrían obtenido en operaciones idénticas o similares realizadas entre partes independientes. Habrá que efectuar, cuando sea preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de las operaciones. El margen neto de un contribuyente en una operación vinculada debería ser el mismo que en una operación no vinculada. Para aplicar el método se deben analizar los elementos que afectan a la elección del margen –valoración de activos, costes, etc. –y determinar los beneficios de cada empresa asociada imputados a determinadas operaciones vinculadas.

La normativa no exige la aplicación de más de un método en el análisis, aunque en casos de difícil aplicación es aconsejable su utilización. El método a emplear será aquel que ofrezca la mejor estimación a valor de mercado de la operación y de las circunstancias en las que se desarrolle. El análisis de comparabilidad, como ya se indicó en el apartado anterior, ofrecerá una información valiosa para determinar el método de valoración más adecuado. En nuestra opinión, la supresión de la prelación anterior de los métodos no implica que los denominados tradicionales vayan a dejar de ser los más utilizados, dada su mayor simplicidad. No obstante, ya no es preciso acudir a cualquiera de los tres mencionados antes de acudir a los métodos de la distribución del resultado o el margen neto operacional. Con esta modificación, el legislador parece admitir la creciente complejidad de las operaciones vinculadas en un contexto de globalización de las operaciones mercantiles, supuestos en los que los últimos métodos mencionados pueden ser los idóneos para valorarlas.

La última expresión de este artículo 18.4 sí que suscita mayor interés, a nuestro entender. En nuestra opinión, la referencia a *otros métodos y técnicas de valoración generalmente aceptados que respeten el principio de libre competencia* como opciones subsidiarias en caso de no poder aplicar los cinco métodos previstos en la LIS, tiene, en primer término, una utilidad muy limitada, dada la exhaustiva casuística que recogen los métodos ya contemplados. Excluye, en cualquier caso, el *método del reparto global según una fórmula preestablecida*, en concordancia con lo dispuesto en las *Directrices* y el reciente Proyecto BEPS¹⁰. No obstante, entendemos que da entrada al método de descuento de flujos de caja en las transmisiones

de negocios, y al método de valor teórico contable, para la transmisión de valores o participaciones representativos de los fondos propios de cualquier tipo de entidad no admitidos a negociación

3.5. Obligaciones de documentación y régimen sancionador

El 8 de febrero de 2011 el Tribunal Supremo (TS) dictó un Auto elevando al Tribunal Constitucional (TC) la posible inconstitucionalidad del artículo 16, es sus apartados 2 y 10, del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. El análisis del TC, en su STC 145/ 2013, de 11 de julio de 2013, se centró en la cuestión señalada por el órgano judicial respecto a que el establecimiento de una infracción y sanción relacionada con el incumplimiento del deber de aportación de documentación en el Reglamento del Impuesto, podría infringir los principios de reserva de ley y de tipicidad del artículo 25.1 CE. El resultado fue la declaración de constitucionalidad de la regulación del Impuesto sobre Sociedades en cuanto a la documentación y sanciones previstas para las operaciones vinculadas, considerando que la remisión al Reglamento de la regulación de la documentación relacionada con las operaciones vinculadas no es, pues, una referencia abierta: la potestad reglamentaria está sujeta a directrices legales suficientemente precisas. Consecuentemente, procede afirmar que la tipificación de las infracciones administrativas del apartado 10 del art. 16 es conforme con la garantía formal del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). Asimismo, respecto a las sanciones dispuestas por el artículo 16, señala que *en el presente caso, la regulación legal de las sanciones es netamente taxativa por lo que satisface la exigencia de ley formal y cumple por sí la de predictibilidad, declarando, por tanto, su constitucionalidad*. No obstante, la ya mencionada STS 3075/2014 dispuso la derogación de los apartados 21 bis 2.a y b y el último inciso del artículo 21.2 del Reglamento, por exceder la regulación reglamentaria las previsiones del TRLIS.

En reacción a esta Sentencia, el legislador introduce en la regulación de la LIS parte de la normativa que antes se recogía en el RIS. Así, mientras el derogado artículo 16.2 establecía una obligación general de *mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación que establezca reglamentariamente*, el artículo 18.3 de la LIS precisa que esta obligación tiene por objeto *justificar que las operaciones se han valorado por su valor de mercado* y señala que dicha obligación debe ser acorde a los *principios de proporcionalidad y suficiencia*. La introducción de estos principios no es una novedad absoluta en la regulación de la obligación de documentar, toda vez que responden a lo ya señalado por el 18.2 del

derogado RIS que remite a la complejidad y volumen de las operaciones para determinar lo que debe entenderse como documentación necesaria y suficiente.

En cuanto a los requisitos mínimos que esta documentación debe de contener, vienen recogidos en el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades vigente. Como primera novedad cabe señalar la desaparición de la exención de la obligación de documentar a las entidades que verifiquen los requisitos para acogerse al Régimen Especial de Reducida Dimensión (ERD) que, según preveía el RIS derogado, presentarían un total de las operaciones realizadas en dicho período con personas o entidades vinculadas no superior al importe conjunto de 100.000 € de valor de mercado. Como señalaremos a continuación, se amplía el límite para poder aplicarse una obligación de documentación simplificada, que excede la cifra neta de negocios de 10.000.000 € que recoge el artículo 101 LIS, pero ya no existe un trato diferenciado para las ERD.

Se mantiene la distinción entre la *Documentación específica del grupo al que pertenezca el contribuyente*¹¹ –artículo 15 RIS – y la *Documentación específica del contribuyente* –artículo 16 RIS¹² –. A este respecto, y para no resultar excesivamente prolijos, baste señalar que se desagrega de manera detallada los conceptos por los que se ha de suministrar información a la Administración tributaria, de acuerdo a los criterios del análisis de comparabilidad. El nuevo RIS incide además en los aspectos que el Proyecto OCDE/G20 BEPS señala como de especial interés, en concreto, se refuerzan las exigencias de documentación en cuanto a los activos intangibles y la actividad financiera del grupo empresarial.

No obstante, la nueva Ley dispone que la documentación específica no será exigible a:

a. Con independencia de cuál sea la cifra de negocios del sujeto pasivo y el importe, a las siguientes operaciones:

1.1. Las realizadas entre entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal que haya optado por el régimen de consolidación fiscal. No obstante, los grupos internacionales o nacionales con ingresos conjuntos superiores a 45 millones de euros deben preparar una documentación completa –artículo 15.3 RIS –.

1.2. Las operaciones realizadas con sus miembros o con otras entidades integrantes del mismo grupo de conso-

lidación fiscal que haya optado por el régimen de consolidación fiscal, por las agrupaciones de interés económico (AIE) y uniones temporales de empresas (UTE) inscritas en el registro especial del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

1.3. Las operaciones realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de adquisición de valores.

b. De igual forma, existen determinadas operaciones vinculadas que pueden estar excluidas de estas obligaciones, dependiendo del volumen de la operación u operaciones que realiza la entidad. La normativa establece límites diferentes dependiendo de que la obligación sea de declaración o de documentación:

b.1. No será exigible la documentación para todo tipo de personas o entidades, cuando la contraprestación del conjunto de operaciones realizadas en el período impositivo con la misma persona o entidad vinculada no supere el importe de 250.000 € de VM –artículo 13.3, b) RIS –.

b.2. Se dispone que la *documentación tendrá carácter simplificado en relación con las personas o entidades vinculadas cuyo importe neto de la cifra de negocios, (...) sea inferior a 45 millones de euros*. Lo que supone una novedad respecto a la regulación anterior que permitirá facilitar las cargas documentales de un buen número de sujetos pasivos del impuesto.

Se excluye la posibilidad de acogerse a un contenido simplificado de la documentación para las siguientes operaciones:

1. Las operaciones realizadas por contribuyentes del IRPF que consistan en una actividad económica prevista en el método de estimación objetiva, con sociedades en las que aquellos o sus cónyuges, ascendientes o descendientes, de forma individual o conjuntamente entre todos ellos, tengan un porcentaje igual o superior al 25% del capital social o de los fondos propios.

2. Cuando la operación consista en la transmisión de negocios o valores o participaciones representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidades no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores.

3. Y cuando la operación que consista en la transmisión de inmuebles o de operaciones sobre activos que tengan la consideración de intangibles de acuerdo con los criterios contables.

La novedad más importante que presenta la nueva obligación de documentar se introduce en el artículo 14 del RIS, relativo la *Información país por país*. Así, dispone que estarán obligados a presentar esta información los grupos *cuyo importe neto de la cifra de negocios del conjunto de personas o entidades que formen parte del grupo, en los 12 meses anteriores al inicio del período impositivo, sea, al menos, de 750 millones de euros* –artículo 14.1 RIS –. La información país por país también será exigible, en los mismos términos y condiciones, *a filiales españolas o establecimientos permanentes de entidades no residentes, siempre que se produzca alguna de las siguientes circunstancias* –artículo 13.1 RIS –:

a) Que hayan sido designadas por su entidad matriz no residente para elaborar dicha información.

b) Que no exista obligación de información país por país en el país o territorio de residencia fiscal de la matriz.

c) No exista un acuerdo de intercambio automático de la información país por país entre el país de residencia de la matriz y España.

d) Que, existiendo dicho acuerdo se haya producido un incumplimiento sistemático del mismo que haya sido comunicado por la Administración tributaria española a las entidades dependientes o a los establecimientos permanentes residentes en territorio español.

La documentación que habrá de remitirse es la que recoge el apartado 2 del referido artículo:

a) *Ingresos brutos del grupo, distinguiendo entre los obtenidos con entidades vinculadas o con terceros.*

b) *Resultados antes del Impuesto sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga al mismo.*

c) *Impuestos sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga satisfechos, incluyendo las retenciones soportadas.*

d) *Impuestos sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga al mismo devengados, incluyendo las retenciones.*

e) *Importe de la cifra de capital y otros fondos propios existentes en la fecha de conclusión del período impositivo.*

f) *Plantilla media.*

g) *Activos materiales e inversiones inmobiliarias distintos de tesorería y derechos de crédito.*

h) *Lista de entidades residentes, incluyendo los establecimientos permanentes y actividades principales realizadas por cada una de ellas.*

i) *Otra información que se considere relevante y una explicación, en su caso, de los datos incluidos en la información.*

Los datos anteriores se deben presentar en el plazo de 12 meses desde la finalización de cada periodo impositivo, por medio del modelo que se aprobará al efecto por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. Se produce, por tanto, una asimilación en términos de obligatoriedad y plazos de presentación de la información país por país de los grupos con sociedad dominante española y de las filiales y establecimientos permanentes en España de grupos multinacionales.

Esta nueva obligación de documentar es una traslación del mecanismo previsto en la Acción 13 del Proyecto OCDE/G20 BEPS –*Country-by-Country Reporting Implementation Packag* (CBC) –. En aras de asegurar un reparto de los beneficios declarados por las entidades con la creación de valor real que genera cada empresa, la Acción 13 exige que cada entidad aporte a los gobiernos involucrados *la información necesaria sobre la asignación y el reparto mundial de sus ingresos, la actividad económica y los impuestos pagados en los distintos países, aplicando un modelo común*. Dispone un suministro de documentación en tres niveles: un *archivo maestro* –que estará a disposición de todas las Administraciones afectadas –en que cada grupo detallará información completa y exhaustiva de sus actividades en todo el mundo y de sus precios de transferencia, un *archivo local* específico para cada país y un tercer informe, país por país, que deberá recoger los ingresos y beneficios antes de impuestos y el importe de impuesto societario satisfecho –y devengado –en cada ejercicio.

La legislación española, incorporando esta obligación de documentación en el RIS con anterioridad incluso a la presentación de los Informes Finales del Proyecto OCDE/G20 BEPS, se configura como una

de las más estrictas en el tratamiento de los precios de transferencia. No obstante, quedan algunas cuestiones por precisar como las relativas al el uso y confidencialidad de los datos incluidos en la información BCB, o las sanciones subsiguientes a su incumplimiento¹³.

Por último, el artículo 18.13 de la LIS regula el régimen sancionador de las operaciones vinculadas, estas sanciones serán diferentes en función del tipo de infracción. Se definen dos tipos de infracciones tributarias graves:

a. Una infracción tributaria relativa al incumplimiento de la obligación de documentación prevista en el artículo 18.3 del TRLIS. Este incumplimiento puede deberse a no aportar o aportar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos la documentación establecida por la normativa.

b. La otra infracción tributaria tipificada está relacionada con la diferencia del valor dado de la operación vinculada con el valor de mercado.

Las sanciones aplicables a estos dos tipos de infracciones dependen de si la Administración tributaria ha tenido que intervenir o no para realizar los ajustes valorativos correspondientes. A partir de lo dispuesto en el artículo 18.13, la tabla siguiente muestra las sanciones previstas en función de la infracción

Tabla 1. Sanciones establecidas en el artículo 18.13 de la LIS

Documentación presentada incorrectamente o con datos falsos	
Sin ajustes	1.000 € por cada dato y 10.000 € por conjunto de datos omitido. Con un límite máximo de la menor de las dos cantidades siguientes: a) El 10% del conjunto de las operaciones sujetas al IS, IRPF e IRNR en el ejercicio b) El 1% del importe neto de la cifra de negocios
Con ajustes	15% sobre el importe de cantidades que resulten de la corrección

Fuente: Elaboración propia

4. CONCLUSIONES

Iniciamos este documento con el propósito de comprobar la incidencia que los trabajos de la OCDE tienen en la regulación de las operaciones vinculadas en nuestro Ordenamiento en la nueva Ley 27/2014 y en su Reglamento, RD 634/2015. En concordancia con el objetivo planteado, el análisis que he realizado pone de relieve la estrecha relación que existe entre las propuestas internacionales para la determinación de los precios de transferencia y la legislación fiscal española, lo que hace de nuestra regulación una de las más avanzadas en el tratamiento de las operaciones vinculadas.

La Ley 27/2014 mantiene el fundamento antielusivo como principio inspirador de la misma y que, en mi opinión, deriva del propio planteamiento que subyace en los trabajos de la organización internacional y, en concreto, del reciente Proyecto OCDE/G20 BEPS. Las circunstancias de la Economía Mundial, en la que la globalización de las operaciones de intercambio coincide en los últimos tiempos con las consecuencias de la crisis económica de 2008, han obligado a los Gobiernos a orientar sus esfuerzos recaudadores hacia los grupos multinacionales. En un contexto de restricción del gasto público y de incrementos de la presión fiscal, resulta muy difícil explicar vacíos regulatorios que permiten una planificación agresiva de estas multinacionales. Las pérdidas en recursos y en la credibilidad institucional empujan a los Estados a coordinarse para minorar o impedir comportamientos oportunistas de entidades con cuya capacidad contributiva no concuerda con su aportación a los erarios públicos. El Proyecto BEPS, en concreto las Acciones 8 a 10, suponen un esfuerzo clarificador importante, abordando aspectos de mayor dificultad técnica en la valoración como es el caso de los intangibles o las operaciones de financiación intragrupo. En ambos casos, la LIS ha asumido las orientaciones que promueve la OCDE, buscando la relación adecuada entre el valor que cada entidad aporta a la operación y la declaración de beneficios derivados de la misma que se imputa. Asimismo, la remisión a los criterios de comparabilidad que recogen las *Directrices* y el tratamiento de los métodos de valoración de las operaciones también son un reflejo de la recepción en nuestro Ordenamiento de los postulados internacionales. Es significativa la eliminación de la jerarquía de los métodos para dar mayor flexibilidad a la decisión del contribuyente y permitirle que adapte su cálculo a la complejidad creciente de las operaciones mercantiles, en especial, las internacionales.

El proceso de regulación de los precios de transferencia no es un tema cerrado para la OCDE, de hecho, el objetivo a corto plazo se ha

fijado en la distribución global de resultados en los grupos multinacionales para asegurar que cada entidad contribuya de acuerdo al valor que genera en cada jurisdicción. España, por sus características socioeconómicas, es uno de los países que soporta la pérdida de recaudación que deriva de un inadecuado reparto de los beneficios entre entidades de un mismo grupo. La erosión de la base imponible viene explicada por la falta de correlación entre los beneficios que se generan en el mercado español y lo que finalmente tributa la entidad. Tal vez por eso nuestra Administración se ha anticipado al Proyecto BEPS poniendo en vigor en nuestro país gran parte de su contenido aún antes de su cierre y presentación. En este punto, es necesario precisar que la voluntad de aplicar el mecanismo BCB de manera inmediata puede generar incertidumbres y altos costes de gestión que podrían evitarse acogiéndose al plazo que la propia OCDE contempla (2020) pero que muestra, en cualquier caso, la voluntad de sujetar a tributación en nuestro país la riqueza que en él se genera.

Un tema pendiente, en mi opinión, es acomodar la exigencia de control sobre las operaciones vinculadas con la necesidad de no obstaculizar la competitividad de nuestras empresas. Una excesiva carga de documentación supondrá costes de gestión para las empresas que redundarán en su beneficio, amén del problema de incertidumbre jurídica que puede generar, en tanto ciertos aspectos –como la confidencialidad de la información remitida –no sean tratados. Resulta llamativo que la normativa española exija a que la obligación de documentación del grupo y del contribuyente esté a disposición de la Administración mientras que la nueva obligación de información BCB se configura como de remisión obligatoria cada ejercicio, sin que haya petición administrativa.

A mi entender, la cuestión anterior enlaza con el aspecto más controvertido de la LIS que es diferenciar el tratamiento de los precios de transferencia del fraude o de la elusión fiscal. Si bien queda clara la potencial utilización de los mismos para erosionar la base fiscal de una entidad, no siempre la diferencia entre precio convenido y de mercado se debe a ese ánimo defraudatorio, como bien ha señalado la propia OCDE y Jurisprudencia más reciente de nuestro país. En suma, es preciso que la regulación de las operaciones vinculadas permita sujetarlas a tributación efectiva, como operaciones realizadas entre terceros, pero sin que ello suponga extender cargas excesivas a las partes, dificultando los procesos mercantiles habituales, en especial, a la integración y reestructuración de las sociedades.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, A. (2012): *Contabilidad y fiscalidad de la consolidación y las operaciones vinculadas entre empresas*. Valencia: CISS Wolters Kluwer España, S.A.

CAAMAÑO, M. Á. (2009): “Comentarios al nuevo régimen de documentación de las operaciones vinculadas”. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos* (311), 35-64. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

CARMONA, N. (2011): “Parte 1: Principios Generales, fuentes y ámbito: Vinculación fiscal”. En *Régimen fiscal de las operaciones vinculadas: valoración y documentación* Valencia: Edición Fiscal CISS. 41-93.

CORDÓN, T. (2014): “Ámbito subjetivo de las operaciones vinculadas en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades: perímetro de vinculación”. *Crónica Tributaria*, (152), 137-196. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

CORDÓN, T. (2010): “La obligación de documentación en las operaciones vinculadas”. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos* (326), 33-68. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

GÓMEZ-MOURELO, C. (2011): “Obligaciones de documentación y declaración en operaciones vinculadas y consecuencias de su incumplimiento”. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos* (339), 5-58. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

JONES, L. (2011): “Capítulo 26: Doctrina administrativa y jurisprudencia sobre operaciones vinculadas”. En *Régimen fiscal de las operaciones vinculadas: valoración y documentación*. Valencia: Edición Fiscal CISS. 1011-1031.

MARTÍN, J., RODRÍGUEZ, J. y BERDUD, J.M. (2010): *Las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*. Barcelona: Ed. Bosch.

RIBAO, R. A. (2011): “Métodos valorativos no transaccionales o relativos al beneficio en el marco de los precios de transferencia”. Dispo-

nible en: www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2012_15_14.pdf

ROSÓN, P. (2011): “El nuevo régimen de las operaciones vinculadas”. *Pecvnia* (12), 277-316.

RUIZ, S. (2010): “La contabilización y tributación del ajuste secundario en las operaciones vinculadas: visión práctica. La identidad sustancial entre los criterios contable y fiscal”. *Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos* (334), 71-108. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

Tuero, A. (2010): “Análisis del régimen de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades”. Disponible en: www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/11_2010/42_10.pdf

OCDE

(2015): *BEPS 2015 Final Reports*. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/aggressive/beps-2015-final-reports.htm>

OECD (2015): *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>

(2013): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

(2013): *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202191-es>

OCDE (2012): *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio: versión abreviada*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264184473-es>

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

(2006): Consulta V2098-06, de 24 de octubre.

(2008): Consulta V0249-08, de 7 de febrero.

(2008): Consulta V2378-08, de 16 de diciembre.

(2009): Consulta V2022-09, de 15 de septiembre.

(2010): Consulta V2402-10, de 10 de noviembre.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013): Sentencia nº 145/2013, de 11 de julio.

TRIBUNAL SUPREMO:

(2014): Sala de lo Contencioso –administrativo, Sección 2ª). Sentencia nº 3075/ 2014, de 27 de abril.

(2012): Sala de lo Contencioso –administrativo, Sección 2ª. Sentencia nº 5545/ 2012, de 12 de julio.

(2011): Auto 8-II-11, Cuestión de inconstitucionalidad en relación con las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades.

UNIÓN EUROPEA (2011): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo relativa al trabajo del Foro Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0016:FIN:ES:PDF>

NOTAS

1 El objetivo es mejorar las normas internacionales en materia tributaria y lograr un amplio respaldo que permita evitar que las grandes empresas puedan aprovechar las deficiencias en las normas fiscales y las diferencias existentes en los niveles de imposición internacionales para reducir su base imponible y trasladar algunos elementos de la misma al objeto de reducir su carga fiscal global.

2 El G20 es un foro en el que participan diecinueve países más la Unión Europea. Integra tanto a representantes de las economías más desarrolladas como de países en vías de desarrollo y declara como objetivo *coordinate policies at the international level and to make globalisation a*

smoother, more harmonious and sustainable process. Vid. <http://www.oecd.org/g20/about.htm>

3 El principio de plena competencia se contempla en el artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MCT-OCDE), que recoge la posición expresada en las ya referidas *Directrices aplicables en materia de precios de transferencias a empresas multinacionales y Administraciones tributarias*, sobre la base de considerar que los precios de transferencia son los precios acordados entre dos sociedades pertenecientes al mismo grupo cuando realizan transacciones, es decir, la valoración de la transacción cuando existe vinculación.

4 En la reciente STS 4307/2014, el Tribunal estima que no existen motivos económicos válidos que permitan al aplicación del Régimen Especial de fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores del Impuesto sobre Sociedades al Grupo Chupa- Chups, como un claro ejemplo de esta situación. Vid. <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7203590&links=valoracion%20y%20operacion%20vinculada%20y%20impuesto%20sobre%20sociedades&optimize=20141107&publicinterface=tr ue>

5 Así, plantea el documento de Directrices el caso en que un contrato a largo plazo, a cambio de un derecho ilimitado sobre los activos intangibles que resulte de investigaciones futuras, debería ser considerado un acuerdo permanente de investigación.

6 Es el caso de algunas de las grandes multinacionales estadounidenses que operan en Europa. En los últimos años, la presión mediática sobre estos grupos ha permitido identificar como receptoras del beneficio de los intangibles con los que comercian, países con un nivel de tributación reducido. El ejemplo más evidente lo tenemos en la radicación en Irlanda –cuyo tipo del Impuestos sobre Sociedades es del 12,5%, muy inferior a la media de los países de la UE15 –de las empresas matrices de empresas tan representativas como Microsoft.

7 Comisión de las Comunidades Europeas (2001): *Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales -Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria*, COM (2001) 582 final. Vid. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0582:FIN:ES:PDF>

Más reciente es la Recomendación de la Comisión C(2016) 271 final, *on the implementation of measures against tax treaty abuse*, directamente relacionada con el Proyecto BEPS de la OCDE. Vid. http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/anti_tax_avoidance/c_2016_271_en.pdf

8 Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª). Sentencia nº 184/2007, de 10 enero. Vid. <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=584152&links=&optimize=20070208&publicinterface=true>

9 Las propias *Directrices* de la OCDE incorporan algunos ejemplos para la aplicación de este método y la realización de los ajustes correspondientes para hacer las operaciones no vinculadas comparables, éstos son:

o Condiciones de entrega diferentes, deben efectuarse las correcciones pertinentes. Ejemplo, en una operación de transporte sería el seguro.

o Gran diferencia en el volumen. Ejemplo, se deberá investigar operaciones de productos similares para conocer los descuentos habituales en función del volumen suministrado.

10 Según este método, se procedería a una distribución de los beneficios globales consolidados de un grupo multinacional entre las empresas asociadas situadas en distintos países por medio de una fórmula predeterminada y automática. Dicha fórmula preestablecida se integra a partir de tres elementos esenciales:

o Determinar la unidad gravable –es decir, las filiales y sucursales del grupo multinacional deberían conformar la entidad global imponible –.

o Determinar con precisión los beneficios globales.

o Establecer la fórmula aplicable para repartir los beneficios globales de la unidad considerada.

Pese a las ventajas que puede tener esta fórmula en términos de mayor facilidad administrativa y más seguridad jurídica para el contribuyente, se contra-argumenta la necesidad de un elevado grado de coordinación de las Administraciones fiscales y de consenso sobre las fórmulas a aplicar y sobre la composición de grupo al que aplicarlas.

Ello, unido al riesgo de la arbitrariedad en la fijación de una fórmula de distribución que responda a los intereses de los directivos del grupo empresarial y los costes fiscales que acarrearían, justifica el rechazo de la OCDE a separar la valoración del principio de plena competencia.

11 Deberá contener:

a) *Información relativa a la estructura y organización del grupo:*

1.º *Descripción general de la estructura organizativa, jurídica y operativa del grupo, así como cualquier cambio relevante en la misma.*

2.º *Identificación de las distintas entidades que formen parte del grupo.*

b) *Información relativa a las actividades del grupo:*

1.º *Actividades principales del grupo, así como descripción de los principales mercados geográficos en los que opera el grupo, fuentes principales de beneficios y cadena de suministro de aquellos bienes y servicios que representen, al menos, el 10 por ciento del importe neto de la cifra de negocios del grupo, correspondiente al período impositivo.*

2.º *Descripción general de las funciones ejercidas, riesgos asumidos y principales activos utilizados por las distintas entidades del grupo, incluyendo los cambios respecto del período impositivo anterior.*

3.º *Descripción de la política del grupo en materia de precios de transferencia que incluya el método o métodos de fijación de los precios adoptados por el grupo.*

4.º *Relación y breve descripción de los acuerdos de reparto de costes y contratos de prestación de servicios relevantes entre entidades del grupo.*

5.º *Descripción de las operaciones de reorganización y de adquisición o cesión de activos relevantes, realizadas durante el período impositivo.*

c) *Información relativa a los activos intangibles del grupo:*

1.º *Descripción general de la estrategia global del grupo en relación al desarrollo, propiedad y explotación de los activos intangibles, incluyendo la localización de las principales instalaciones en las que se realicen actividades de investigación y desarrollo, así como la dirección de las mismas.*

2.º *Relación de los activos intangibles del grupo relevantes a efectos de precios de transferencia, indicando las entidades titulares de los mismos, así como*

descripción general de la política de precios de transferencia del grupo en relación con los mismos.

3.º Importe de las contraprestaciones correspondientes a las operaciones vinculadas del grupo, derivadas de la utilización de los activos intangibles, identificando las entidades del grupo afectadas y sus territorios de residencia fiscal.

4.º Relación de acuerdos entre las entidades del grupo relativos a intangibles, incluyendo los acuerdos de reparto de costes, los principales acuerdos de servicios de investigación y acuerdos de licencias.

5.º Descripción general de cualquier transferencia relevante sobre activos intangibles realizada en el período impositivo, incluyendo las entidades, países e importes.

d) Información relativa a la actividad financiera:

1.º Descripción general de la forma de financiación del grupo, incluyendo los principales acuerdos de financiación suscritos con personas o entidades ajenas al grupo.

2.º Identificación de las entidades del grupo que realicen las principales funciones de financiación del grupo, así como el país de su constitución y el correspondiente a su sede de dirección efectiva.

3.º Descripción general de la política de precios de transferencia relativa a los acuerdos de financiación entre entidades del grupo.

e) Situación financiera y fiscal del grupo:

1.º Estados financieros anuales consolidados del grupo, siempre que resulten obligatorios para el mismo o se elaboren de manera voluntaria.

2.º Relación y breve descripción de los acuerdos previos de valoración vigentes y cualquier otra decisión con alguna autoridad fiscal que afecte a la distribución de los beneficios del grupo entre países.

12 Para el obligado tributario la documentación prevista es la siguiente:

1.º Estructura de dirección, organigrama y personas o entidades destinatarias de los informes sobre la evolución de las actividades del contribuyente, indicando los países o territorios en que dichas personas o entidades tienen su residencia fiscal.

2.º Descripción de las actividades del contribuyente, de su estrategia de negocio y, en su caso, de su participación en operaciones de reestructuración o de cesión o transmisión de activos intangibles en el período impositivo.

3.º Principales competidores.

b) Información de las operaciones vinculadas:

1.º Descripción detallada de la naturaleza, características e importe de las operaciones vinculadas.

2.º Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, domicilio fiscal y número de identificación fiscal del contribuyente y de las personas o entidades vinculadas con las que se realice la operación.

3.º Análisis de comparabilidad detallado, en los términos descritos en el artículo 17 de este Reglamento.

4.º Explicación relativa a la selección del método de valoración elegido, incluyendo una descripción de las razones que justificaron la elección del mismo, así como su forma de aplicación, los comparables obtenidos y la especificación del valor o intervalo de valores derivados del mismo.

5.º En su caso, criterios de reparto de gastos en concepto de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, así como los correspondientes acuerdos, si los hubiera, y acuerdos de reparto de costes a que se refiere el artículo 18 de este Reglamento.

6.º Copia de los acuerdos previos de valoración vigentes y cualquier otra decisión con alguna autoridad fiscal que estén relacionados con las operaciones vinculadas señaladas anteriormente.

7.º Cualquier otra información relevante de la que haya dispuesto el contribuyente para determinar la valoración de sus operaciones vinculadas.

c) Información económico-financiera del contribuyente:

1.º Estados financieros anuales del contribuyente.

2.º Conciliación entre los datos utilizados para aplicar los métodos de precios de transferencia y los estados financieros anuales, cuando corresponda y resulte relevante.

3.º Datos financieros de los comparables utilizados y fuente de la que proceden.

13 Cabe entender que se le pueden aplicar el régimen sancionador previsto para el incumplimiento de las otras dos obligaciones de documentar que recoge la LIS y el Reglamento, sin embargo, en tanto esta información país por país no está contemplada en el 18.3 de la LIS, podría dársele un régimen propio.

CÓMO CONJUGAR EL DERECHO AL OLVIDO

Juan Martínez Caballero

Técnico Superior de la Administración de la Generalitat Valenciana

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- MARCO NORMATIVO. 2.1. Marco normativo nacional. 2.2. Marco normativo internacional. 3.- EL DERECHO AL OLVIDO. 4.- POSIBLES CONFIGURACIONES DEL DERECHO AL OLVIDO. 5.- EL DERECHO AL OLVIDO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. 6.- EL DERECHO AL OLVIDO COMO MANIFESTACIÓN EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. 7.- INCIDENCIA DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA EN EL DERECHO AL OLVIDO. 8.- CRÍTICAS EN TORNO AL DERECHO AL OLVIDO. 9.- CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo pretende analizar la posible conjugación del derecho al olvido ante la eternidad de la información disponible en Internet pues en la sociedad de la información almacenar información es muy barato y borrarla requiere mucho tiempo y dinero. Consecuencia de ello, es necesario articular derechos, como es el del olvido, que permitan a la ciudadanía borrar, bloquear o eliminar su información personal que se encuentra globalmente disponible en Internet y que de alguna forma afecta al libre desarrollo de algunos de sus derechos fundamentales, como puede ser el honor y la intimidad o la protección de datos. Pero advirtiendo que una errónea conjugación también puede lesionar otros derechos fundamentales como pueden ser los de libertad de expresión y de información.

PALABRAS CLAVE

Derecho al olvido, Intimidad, Protección de datos, Privacidad, Libertad de expresión e información.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the possible conjunction between the right to oblivion and the endless information available on the internet. Thus, the fact of storing information in the so-called “Information Society” is inexpensive but both time and money are required to delete it. As a consequence, it is necessary to articulate rights, such as the right to oblivion, which allow citizens to delete or block their personal data available on the internet, taking into account that this information may affect in some way the free development of some fundamental rights, as it may be honour, privacy and data protection. But it has to be noticed that a wrong conjunction can also infringe other fundamental rights, such as freedom of speech and freedom of information.

KEY WORDS

Right to oblivion, Privacy, Data protection, Freedom of speech, Freedom of information.

1.- INTRODUCCIÓN

En la historia de la humanidad lo normal ha sido siempre que las cosas se olviden y lo excepcional que se recuerden. Guardar la información y transmitirla siempre ha sido caro y, por tanto, algo limitado.

Pero en la era digital esa relación se ha invertido: grabar, guardar, almacenar información es muy barato y, por contra, borrar información exige dedicación, tiempo y dinero. Consecuencia de ello, la sociedad de la información ha comportado la necesidad de articular derechos que no figuran expresamente en ninguna Constitución. Uno de ellos es el llamado derecho al olvido, que podemos definir como el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir esa información personal, que de alguna manera afecta al libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, o que podría considerarse como información obsoleta, pues carece de sentido que se tenga acceso a ella después de mucho tiempo y máxime si ya no sirve a los fines para los que fue recabada y publicada.

Hoy en día, la información y los datos se encuentran disponibles, de manera instantánea y permanente, para cualquiera gracias a la era de Internet. Internet ha revolucionado nuestras vidas al eliminar las barreras técnicas e institucionales para la difusión y la recepción de información y ha creado una plataforma para diversos servicios de la sociedad de la información, lo que comporta, sin duda, beneficios para los consumidores, las empresas y la sociedad en general, pero también riesgos para la protección adecuada de derechos como el honor, la intimidad y la protección de datos personales. Conflicto que demanda una conjugación para determinar qué derecho prevalece, bajo qué condiciones y en qué circunstancias.

El presente trabajo pretende analizar la conjugación del derecho al olvido ante la eternidad de la información que se encuentra en Internet, pues como explica Artemi Rallo¹, exdirector de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), “el problema no es el alud de información sobre una persona que puede albergar Internet, sino que esa información sea imperecedera”, es decir, “no se trata de suprimir una noticia del mundo real o del virtual. El derecho al olvido se refiere al efecto multiplicador de *Google* y los motores de búsqueda. Se puede borrar la información personal de un medio digital o datos que aparecen en el BOE, como multas, sanciones o indultos. Esa información, a diferencia de lo que ocurre en el papel, adquiere una expansión global y temporalmente eterna. Es bastante razonable que algo que sucedió hace 30 años no esté en los índices de un buscador”.

En este sentido, qué duda cabe de que la pretensión de las personas a no verse perseguidas por las informaciones del pasado puede am-

pararse tanto en el derecho a la protección de datos, como en el derecho a la intimidad.

La necesidad de protección en una sociedad que no olvida, como es la actual sociedad de la información, ha sido acogida favorablemente por la Comisión Europea, que ha propuesto una regulación de este derecho en el proyecto de Reglamento general de protección de datos personales². Proyecto que ha sufrido algunas modificaciones, en su primera lectura por el Parlamento Europeo y por el Consejo, dirigidas a reforzar el control de los europeos sobre sus datos personales y adaptarse a Internet y a la constante evolución de las nuevas tecnologías, a fin de reforzar la confianza de las personas en los servicios y en la economía digital en su conjunto³.

Dentro de los servicios de la sociedad de la información, los motores de búsqueda constituyen un ámbito en el que el derecho al olvido tiene una incidencia muy significativa. En el caso de los buscadores, la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, caso *Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*⁴, ha afirmado con rotundidad la sujeción de este tipo de servicios al cumplimiento de la normativa de protección de datos y, en particular, la obligación de los buscadores de eliminar de la lista de resultados los vínculos a páginas *web* que contengan datos personales inadecuados, no pertinentes o excesivos, especialmente, como consecuencia del paso del tiempo. Este reconocimiento del derecho al olvido frente a los motores de búsqueda constituye un avance, no sin polémica, en el logro de una protección plena y eficaz de los derechos de las personas en un entorno digital cuya implementación efectiva requerirá, lógicamente, la colaboración de los gestores de los motores de búsqueda y las autoridades de protección de datos con el fin de establecer un marco relativamente claro y seguro para dar solución a los conflictos entre intereses privados e interés público subyacentes en la determinación del alcance del derecho al olvido.

Ahora bien, el derecho al olvido tal y como queda configurado tras la citada Sentencia viene cargado de numerosas críticas al entender que se prima, sin apenas ponderación, el derecho a la privacidad sobre derechos como la libertad de expresión o información. Y ello, sin tener en cuenta que el modo de entender la privacidad está cambiando pues las nuevas generaciones son más confiadas y están dispuestas a compartir, incluso, sus datos personales, si a cambio van a recibir un servicio más personalizado.

2.- MARCO NORMATIVO

2.1. Marco normativo nacional

La Constitución española (CE) regula en su artículo 18.1 los derechos fundamentales a la intimidad, al honor y a la propia imagen, precisando en su punto 4 que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. El desarrollo del citado artículo, de acuerdo con el artículo 81 de nuestra Carta Magna, se ha llevado a cabo, por lo que aquí respecta, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2.2. Marco normativo internacional

2.2.1. El Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo

a) Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la legislación relativa a la protección de datos en el espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) estaba repartida entre el primer pilar (protección de datos con fines privados y comerciales, sometida al método comunitario) y el tercer pilar (protección de datos con fines de aplicación de la ley, con toma de decisiones a escala intergubernamental). En consecuencia, el proceso decisorio se regía por dos normativas diferentes. La estructura de pilares desapareció con el Tratado de Lisboa, que aporta una base más sólida para desarrollar un sistema de protección de datos más claro y eficaz, al tiempo que prevé nuevas competencias para el Parlamento Europeo, que se convierte en colegislador. El artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

b) El Programa de Estocolmo. Tras los programas de Tampere (octubre de 1999) y La Haya (noviembre de 2004), el Consejo Europeo adoptó en diciembre de 2009 un nuevo programa plurianual en el ámbito del ELSJ para el periodo 2010-2014: el Programa de Estocolmo. El Parlamento aprobó, por su parte, una Resolución relativa a dicho programa el 25 de noviembre de 2009. El 11 de marzo de 2014, la Comisión presentó dos comunicaciones destinadas a fijar las prioridades políticas para el periodo posterior al Programa de Estocolmo. El 2 de abril de 2014, el Parlamento aprobó una Resolución sobre la revisión intermedia de dicho Programa. En las conclusiones de su reunión de los días 26 y 27 de junio de 2014, el Consejo Europeo definió las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el ELSJ, con arreglo al artículo 68 del TFUE. Uno de los objetivos clave es una mejor protección de los datos personales en la UE.

2.2.2. Principales instrumentos legislativos en materia de protección de datos:

a) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconocen el respeto de la vida privada y la protección de los datos de carácter personal como derechos fundamentales estrechamente relacionados, pero independientes. La Carta es jurídicamente vinculante para las instituciones y órganos de la Unión, así como para los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión.

b) El Convenio nº 108 de 1981. El Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal fue el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante adoptado en el ámbito de la protección de datos. Tiene como fin “garantizar (...) a cualquier persona física (...) el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona”.

c) El Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH). El artículo 8 del CEDH consagra el derecho al respeto de la

vida privada y familiar: “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

2.2.3. Instrumentos legislativos vigentes en la Unión en materia de protección de datos:

a) Como consecuencia de la antigua estructura de pilares, actualmente están en vigor diferentes instrumentos legislativos, entre los que figuran instrumentos pertenecientes al antiguo primer pilar, como la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta a tratamiento de datos de carácter personal y a la libre circulación de estos datos (en adelante, Directiva 95/46/CE), la Directiva 2002/58/CE, modificada en 2009, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos (declarada inválida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 8 de abril de 2014 por constituir una injerencia de especial gravedad en la vida privada y la protección de datos) y el Reglamento (CE) nº 45/2001 relativo al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios, así como instrumentos pertenecientes al antiguo tercer pilar, como la Decisión Marco del Consejo, de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Actualmente se debate la adopción de un nuevo marco legislativo general sobre la protección de datos a escala de la Unión.

b) La Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, es el principal instrumento de la legislación en materia de protección de los datos personales en la Unión. Establece unas condiciones generales para la licitud del tratamiento de datos personales y define los derechos de los interesados, al tiempo que prevé la designación de autoridades nacionales de control independientes. De conformidad con la Directiva, el tratamiento de los datos personales está supeditado al consentimiento explícito del interesado, que ha de ser informado antes de que se proceda a dicho tratamiento.

c) La Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, regula la protección de datos con arreglo al antiguo tercer pilar. Se trata de un ámbito que no contempla la Directiva 95/46/CE, que se aplica al tratamiento de datos personales en el marco del antiguo primer pilar. La Decisión Marco solo se aplica a los datos policiales y judiciales intercambiados entre Estados miembros, autoridades y sistemas conexos de la Unión, sin que se incluyan los datos nacionales.

2.2.4. El Supervisor Europeo de Protección de Datos y el Grupo de Trabajo del Artículo 29.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) es una autoridad de control independiente encargada de garantizar que las instituciones y los órganos de la Unión cumplen sus obligaciones en materia de protección de datos, establecidas en el Reglamento (CE) n° 45/2001 relativo a la protección de datos. Los cometidos principales del SEPD son el control, la consulta y la cooperación. El Grupo de Trabajo del Artículo 29 es un órgano consultivo independiente en materia de protección de datos y vida privada, establecido en virtud del artículo 29 de la Directiva relativa a la protección de datos. El Grupo está compuesto por representantes de las autoridades nacionales de protección de datos de los Estados miembros, el SEPD y la Comisión. Asimismo, elabora recomendaciones, dictámenes y documentos de trabajo. La Comisión desempeña las funciones de secretaría del Grupo.

2.2.5. Hacia una revisión de la legislación de la Unión en materia de protección de datos.

El 25 de enero de 2012, la Comisión publicó un amplio paquete legislativo destinado a reformar la legislación de la Unión en materia de protección de datos. La reforma propuesta persigue salvaguardar los datos personales en todo el territorio de la Unión, aumentando el control de los datos por parte de los usuarios y reduciendo los costes para las empresas. Los avances tecnológicos y la globalización han cambiado profundamente los métodos de recogida, acceso y uso de los datos. Además, todos los Estados miembros han aplicado las normas de 1995 de manera distinta. Un único acto legislativo eliminaría la fragmentación actual y la onerosa carga administrativa. Esta iniciativa contribuirá al aumento de la confianza de los consumidores en los servicios en línea al proporcionar un impulso muy necesario para el crecimiento, el empleo

y la innovación en Europa. El paquete incluye una Comunicación sobre los principales objetivos políticos de la reforma, una propuesta de Reglamento general para modernizar los principios consagrados en la Directiva sobre protección de datos de 1995, una propuesta de Directiva específica sobre el tratamiento de los datos personales en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, y un informe sobre la aplicación de la Decisión Marco de 2008.

3.- EL DERECHO AL OLVIDO

Con carácter general, podemos sostener, siguiendo a la AEPD, que el derecho al olvido hace referencia al derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de Internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa, e incluye la posibilidad de limitar la difusión de datos personales, incluso cuando la publicación original sea legítima, pues toda la difusión de información que ya no tiene relevancia ni interés público causa una lesión a los derechos de las personas.

Los casos en que este derecho puede ser reivindicado son muy variados, pero, con el fin de visualizar el problema, expondré un supuesto que se repite con frecuencia. Este sería el caso de alguien, que podría ser cualquiera de nosotros, que por una u otra razón cometió un delito en el pasado, por el que cumplió la pena que un juez le impuso y que habiendo transcurrido el tiempo por el que prescriben los antecedentes penales desde el cumplimiento de la pena (6 meses para las penas leves, 2 años para penas menos graves que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes, 3 años para el resto de penas menos graves y 5 años para penas graves), sigue apareciendo su nombre vinculado a ese lamentable acontecimiento mediante un enlace a un artículo de prensa digital. ¿Cómo podría esa persona obtener un empleo, por ejemplo, si al teclear su nombre en *Google* aparece la noticia de la comisión de un delito? ¿Debe esa persona estar “marcada” para siempre? Casos como el expuesto son a los que se pretende dar una solución a través del reconocimiento del derecho al olvido.

Los contornos del derecho a la vida privada se han ido modelando al paso del surgimiento de nuevas amenazas derivadas del avance tecnológico. En esa evolución, la formulación del derecho a la protección de

datos ha constituido la respuesta jurídica al radical cambio que suponía la informática y la digitalización de la información, en el que la información puede guardarse por tiempo indefinido y ser accesible desde cualquier punto. Frente a esa nueva realidad, resultaba apremiante reforzar la posición jurídica de las personas en relación con sus datos personales⁵, tal y como exponía la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal:

“(…) la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo. Ello es así porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona. (...) Se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que, sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas”.

El Derecho se configura así como garante de la dignidad y la libertad de las personas frente al cambio tecnológico, siendo el derecho al olvido la respuesta jurídica ante el mantenimiento indefinido en la red de información que nos afecta.

No obstante, también podría plantearse que, si la eternidad de la información en la red es el problema, la solución podría buscarse en la técnica, mediante la eliminación de la información introduciendo, por ejemplo, fechas de caducidad en el almacenaje de datos por parte de los usuarios. Esta es la solución propuesta, por ejemplo, por *TigerText* que habilita al usuario para poner un límite temporal al texto que envía transcurrido el cual se produce el borrado del mismo.

Ahora bien, qué duda cabe de que estas soluciones técnicas no pueden ofrecer una respuesta total pues la extensión de su uso es bastante reducido, de modo que el problema de la perennidad de la información persiste. Y qué duda cabe de que el tratamiento masivo de datos constituye un ámbito de creciente interés por parte de las empresas tecnológicas, dado el valor de la información, lo que se traduce en la ausencia de incentivos que permitan a los usuarios acceder al borrado de sus datos.

La solución, ante el escaso alcance de las alternativas técnicas, se ha estructurado a través del derecho al olvido, pues en un medio abierto y global como Internet es técnicamente imposible eliminar todas las copias que pueden existir de una información o unos datos.

En el ámbito europeo, el debate sobre el reconocimiento y alcance del derecho al olvido está decisivamente condicionado por dos hechos. Por un lado, la Sentencia del TJUE dictada en el asunto C-131/12, caso *Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, cuyo fallo obliga a *Google*, como motor de búsqueda, a eliminar de sus resultados de búsqueda el enlace a la publicación, en una página del diario *La Vanguardia*, del anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social que afectaba a un ciudadano, quien alegaba que ese asunto había sido resuelto hacía años y carecía de relevancia actualmente. En esta Sentencia, el TJUE entiende que los derechos de rectificación, supresión, bloqueo y oposición establecidos en la Directiva 95/46/CE equivalen a un derecho al olvido. Por otro lado, la Comisión Europea ha considerado necesario el establecimiento de un marco más sólido y coherente de protección de datos, que armonice las diferencias existentes entre las distintas legislaciones nacionales. Con ese fin, en enero de 2012 se presentó al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta de Reglamento general de protección de datos. La propuesta regula expresamente el derecho al olvido. Tanto el Parlamento Europeo como el Consejo han aprobado ya su posición inicial sobre la propuesta de la Comisión. En el texto aprobado inicialmente por los colegisladores comunitarios se refuerza la regulación del derecho al olvido, si bien algunas delegaciones nacionales han expresado algunas reservas. Si finalmente se aprueba el Reglamento, el derecho al olvido tendrá un fuerte anclaje en la normativa europea, que será directamente aplicable en cada Estado miembro pues el objetivo del Reglamento es sustituir a las 28 leyes nacionales vigentes, que en muchos casos son divergentes.

Ahora bien, como ha manifestado José Luis Piñar Mañas, catedrático de Derecho Administrativo y exdirector de la AEPD, ello puede dar lugar a una situación injusta para los ciudadanos que no pertenecen a la Unión Europea, pues si extendemos el derecho al olvido a los dominios “.com”, como han planteado algunas Agencias de Protección de Datos de la Unión Europea, desde Europa se estaría condicionando el alcance de esta normativa fuera de sus fronteras, no pudiéndose universalizar su aplicación porque el derecho al olvido no está configurado de igual modo en todos los países. Así, en países democráticos, como Estados Unidos, el marco de regulación de los derechos fundamentales no coincide con el europeo, porque en Europa el derecho a la protección de datos (del que es manifestación el llamado derecho al olvido) tiene rango de derecho fundamental. Esto no significa que no exista derecho a la privacidad en Estados Unidos u otros países democráticos, sino que la conjugación entre derecho a la libertad de información e intimidad es diferente⁶.

A modo de ejemplo, si se extendiera globalmente la aplicación de la Sentencia recaída en el asunto C-131/12, caso *Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, podrían darse situaciones muy paradójicas como que ciudadanos que no residen en Europa vengan hasta aquí a solicitar derechos que su país de origen conjugan constitucionalmente de modo opuesto.

Consecuencia de ello, han aparecido voces que reclaman la extensión del derecho al olvido más allá de las fronteras europeas⁷, lo que exigiría ir más allá de un Reglamento comunitario y alcanzar un tratado internacional de protección de la privacidad. Aspecto que no veo factible toda vez que países como Estados Unidos, un gigante con una importante cuota del sector virtual y donde se asienta el mayor número de grandes empresas tecnológicas (entre ellas, *Google, Microsoft, Facebook, Apple*), antepone la privacidad y el derecho a la información frente a la protección de datos de los ciudadanos.

4.- POSIBLES CONFIGURACIONES DEL DERECHO AL OLVIDO

Las personas siempre somos reacias a que otros conozcan muchos aspectos de nuestra vida y adoptamos una serie de cautelas para evitar

que puedan ser conocidos y utilizados por otros. El conocimiento de estos aspectos, especialmente de manera aislada, puede generar reacciones adversas por parte de los terceros, repercutiendo negativa en nuestra carrera profesional, nuestras relaciones sociales, nuestra vida privada... Qué duda cabe de que si esos datos son obsoletos y no se corresponden con la realidad actual, el riesgo de que sean malinterpretados aumenta considerablemente.

Instituciones jurídicas como la prescripción de la responsabilidad penal o administrativa responden a esta necesidad de garantizar la libertad, limitando la capacidad del poder público de tener en cuenta nuestro pasado en nuestro perjuicio. Salvo los delitos de lesa humanidad y de genocidio, los delitos contra las personas y bienes protegidos en casos de conflicto armado y los de terrorismo, todos los demás tipos previstos en el Código Penal están sujetos a distintos plazos de prescripción, según el grado de gravedad de la pena (artículo 131 del Código Penal). Asimismo, las infracciones y sanciones administrativas están sujetas a plazos de prescripción (artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). De este modo, el transcurso del tiempo sin que la Administración ejerza su poder de castigar o sancionar crea una expectativa en el sujeto de verse desligado de las consecuencias de sus acciones pasadas. La incertidumbre e inseguridad que generaría un régimen en el que fuera posible exigir responsabilidad por hechos muy lejanos en el tiempo constituiría, sin duda, una amenaza permanente para la libertad.

Los poderes públicos también tienen límites a la hora de mantener el conocimiento de ciertos datos personales que perjudican al individuo. La regulación de los antecedentes penales (artículo 136 del Código Penal) pretende limitar el tiempo en que estos pueden ser utilizados por los jueces y tribunales a la hora de apreciar la agravante de reincidencia. Una vez cancelados los antecedentes penales, transcurridos los plazos legalmente previstos, el hecho de la condena no puede desplegar efectos jurídicos *ex post*.

Del mismo modo, por ejemplo, en el ámbito administrativo, las sanciones disciplinarias son objeto de inscripción en el correspondiente registro de personal, pero una vez que haya transcurrido el plazo en el que la sanción impuesta hubiera prescrito debe cancelarse la correspondiente anotación, de modo que la existencia de un sanción anterior, pero ya cancelada, no puede ser tenida en cuenta a los efectos de apreciar la circunstancia de reincidencia.

Estas previsiones normativas pueden considerarse como una garantía del derecho al olvido de las personas frente al ejercicio del poder público en su manifestación del *ius puniendi*. Ahora bien, la cuestión es determinar si es posible identificar un derecho al olvido exigible no solo vertical sino también horizontalmente, es decir, frente a los poderes públicos y frente a los particulares.

Dentro del contexto expuesto, Pere Simón⁸ ha defendido el reconocimiento del derecho al olvido como derecho fundamental implícito en el artículo 10.1 de la CE. A juicio de este autor, el bien jurídico protegido por este derecho excedería de los intereses más específicos protegidos por los derechos a la intimidad, el honor o la protección de datos, recogidos en el artículo 18 CE, y vendría determinado por el libre desarrollo de la personalidad. De este modo, se protegería a los individuos frente a la difusión de todas las informaciones pasadas que les puedan afectar en el futuro, con indiferencia de si afectan o no a los derechos a su vida privada.

No obstante lo anterior, de acuerdo con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, el artículo 10.1 CE no constituye un derecho fundamental *per se* ni es fuente de la que puedan derivarse nuevos derechos fundamentales, pues este precepto constitucional tiene una función, claramente, interpretativa a la hora de determinar el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales reconocidos⁹.

Asentado lo anterior, a la hora de conjugar el derecho al olvido, en lugar de optar por configurarlo como derecho autónomo, existen dos alternativas: bien construirlo como proyección de los derechos a la intimidad y al honor; bien como proyección del derecho a la protección de datos de carácter personal.

La primera alternativa ha sido la admitida por la doctrina y la jurisprudencia española en relación con los medios tradicionales de comunicación, pero que también puede extenderse a las formas de divulgación *on line* de la información. La segunda es la adoptada por la Comisión Europea a la luz de la propuesta del Reglamento general de protección de datos.

El hecho de optar por una u otra vía tiene consecuencias importantes, especialmente, desde el punto de vista de la normativa aplicable y las formas de tutela, aunque se opte por una declinación o por otra, la meta es la misma: cesar o limitar la publicidad o corregir la información.

Así, los derechos al honor y a la intimidad aparecen regulados por las normas nacionales (en el caso de España, artículo 18.1 CE y Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, básicamente), mientras que el derecho a la protección de datos es un espacio sujeto a la armonización de la normativa europea (artículo 16 del TFUE).

Otra diferencia relevante se produce en los instrumentos de tutela: mientras que los derechos al honor y a la intimidad gozan de la tutela dispensada por jueces y tribunales, el derecho a la protección de datos cuenta, además, con un sistema administrativo de protección a través de una agencia independiente (artículo 8.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

5.- EL DERECHO AL OLVIDO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL HONOR

Entender que del derecho a la intimidad puede derivarse un derecho al olvido puede parecer algo extraño, dado que el derecho a la intimidad se proyecta sobre datos íntimos y resulta llamativo que un dato que se encuentra en Internet y, por tanto, accesible a todo el público pueda devenir en privado. Ahora bien, asumir, sin más, que derecho al olvido y derecho a la intimidad no están conectados es algo temerario.

En relación con el derecho a la intimidad, debemos tener presente, además del concepto público o social de qué es íntimo, la voluntad de reserva del particular en relación con determinados datos aunque en sí mismos no puedan considerarse socialmente como íntimos. Por lo que, el derecho a la intimidad cubriría también aquellos datos irrelevantes pero reservados y privados porque así lo quiere su titular. Una definición de la intimidad en este sentido puede encontrarse en la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁰, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹, de acuerdo con la cual: lo que normativamente se garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, puedan romper los lindes y entrar libremente en nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la observación ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio.

A la hora de precisar los contornos de esa voluntad de reserva, nuestro Tribunal Constitucional viene empleando el denominado “test de la expectativa razonable de privacidad”¹². Este test está vinculado con el establecimiento de lo que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha definido como “barreras de reserva”¹³. Las personas, en los diferentes aspectos de su vida, pueden establecer lindes de separación frente a los demás con el fin de intentar ser vistos como uno desea. Esa voluntad de reserva puede expresarse a través del uso de barreras físicas, barreras conductuales o barreras basadas en normas sociales. Se trata, en todo caso, de supuestos que permiten garantizar una esfera de libre desenvolvimiento del individuo. El empleo de este tipo de barreras genera en el individuo una expectativa razonable de privacidad que conlleva la pretensión de que sea respetada por los terceros.

El tiempo constituiría así, una barrera de reserva que permitiría transformar una información personal que una vez fue conocida, pero ha dejado de ser actual y no es objeto de atención pública, se considere como reservada. Qué duda cabe de que dicha veda puede verse levantada por los cambios tecnológicos, pues hoy en día es posible obtener información personal en cualquier momento, con independencia de la fecha en la que se haya generado o publicado el dato (no hay barreras temporales que protejan la privacidad) y es posible obtenerla desde cualquier lugar, con independencia de la mayor o menor lejanía geográfica (no hay barreras espaciales), por lo que de no establecerse ningún tipo de protección, se estaría primando el aspecto tecnológico frente a la garantía del libre desenvolvimiento de la persona.

Consecuencia directa de lo anterior, podemos sostener que el pasado puede ser objeto de protección a través del derecho al honor. Así, cuando la divulgación de hechos pretéritos afecte a nuestra fama, reputación o imagen social, o cuando una información veraz, pero intempestiva por obsoleta, puede afectar a nuestra vida al situarnos bajo una luz falsa que comporte que seamos objeto de valoraciones o juicios de otros que nos perjudiquen, podremos apelar al derecho al honor para oponernos a esa información.

En principio, si se trata de información veraz, este derecho debería ceder ante el de libertad de expresión, pero no siempre pues, por ejemplo, un documento veraz puede lesionar el derecho de un ciudadano si las consecuencias para el libre desarrollo de su persona son graves y la necesidad de protección prevalece sobre el interés en la difusión de la información. Esta necesidad de protección podrá apreciarse si la información ha sido objeto de una difusión amplia y significativa, como es

la que se puede llevar a cabo a través de Internet, y si puede comportar para el ciudadano un efecto de estigmatización que suponga un riesgo de exclusión o aislamiento social.

La vinculación entre el derecho al olvido y el derecho a la reinserción social de quienes han sido condenados por un delito constituye, tal vez, uno de los supuestos más relevantes de aplicación de este derecho. El mantenimiento *sine die* en la memoria pública del reproche penal constituye una restricción desproporcionada, al extenderse más allá del tiempo establecido legalmente para la cancelación de los antecedentes penales, del libre desarrollo de la personalidad.

Consecuencia de ello, el derecho al olvido puede conjugarse como una proyección del derecho al honor cuando el contenido de los hechos del pasado, aunque ciertos en su momento, puede desmerecer la reputación o distorsionar la imagen social actual de la persona.

6.- EL DERECHO AL OLVIDO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El derecho a la protección de datos es un derecho fundamental reconocido tanto en nuestra Constitución (artículo 18.4) como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 8), cuyo contenido, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 -tantas veces invocada por la AEPD en sus resoluciones-, “consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”.

El primer punto de partida para poder derivar un derecho al olvido del derecho de protección de datos es la proyección de este último a Internet. Así lo afirmó el TJUE en la Sentencia recaída en el caso *Lindqvist*¹⁴, para el que “la conducta que consiste en hacer referencia, en una página *web*, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios (...) constituye un tratamiento total o parcialmente

automatizado de datos personales”. De este modo, al establecerse que el ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE de protección de datos también se proyecta sobre la actividad de Internet, toda norma nacional de transposición debe interpretarse de conformidad con la norma europea y, por tanto, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición reconocidos en ella pueden oponerse a la publicación de datos personales *on line*, en cualquiera de sus formas (*webs, blogs*, etc.). El segundo punto de anclaje es que el factor tiempo tiene una incidencia evidente sobre los datos que son objeto de tratamiento por un tercero, en la medida en que su paso puede hacer que el tratamiento de datos obsoletos resulte, además, inadecuado, impertinente o excesivo, dando lugar a que el titular pueda ejercer su derecho de cancelación, oposición o rectificación.

De este modo, los derechos de cancelación y oposición proyectados sobre Internet permiten proteger el interés de las personas a obtener el olvido de datos pasados que les pueden perjudicar. Así lo ha venido reconociendo la AEPD, quien en su memoria de actividades de 2011¹⁵ señalaba que una de las cuestiones más importantes del debate sobre la privacidad en la red es el relacionado con el derecho al olvido, que los particulares pueden ejercer a través de los derechos que les reconoce la Ley Orgánica Protección de Datos: “sea el derecho a cancelar sus datos personales cuando han sido publicados sin su consentimiento y sin cobertura legal, o bien el derecho de oponerse a que, aun cuando su publicación fuere legal, sean objeto de tratamientos posteriores que comportan una multiplicación de esa publicidad, como sucede con los buscadores”.

La AEPD viene manifestando un especial interés con el problema que constituye la permanencia de la información en Internet para el goce de los derechos de las personas, que puede verse perturbado por la accesibilidad a datos o informaciones desfasadas que les perjudiquen. En la archicitada Resolución TD/266/2007¹⁶ se recogen los argumentos a favor de reconocer a los particulares mecanismos de protección frente a la perennidad de la información en la red. Entre los que destaca:

“[...] cabe proclamar que ningún ciudadano que ni goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la red sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como Internet. Si requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para in-

cluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación in consentida de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito), no es menos cierto que resulta palmariamente legítimo que el ciudadano que no esté obligado a someterse a la disciplina del ejercicio de las referidas libertades (por no resultar sus datos personales de interés público ni contribuir, en consecuencia, su conocimiento a forjar una opinión pública libre como pilar básico del Estado democrático) debe gozar de mecanismos reactivos amparados en Derecho (como el derecho de cancelación de datos de carácter personal) que impidan el mantenimiento secular y universal en la red de su información de carácter personal.”

La AEPD mantiene, por tanto, la tesis de que el derecho al olvido puede ejercerse tanto frente a quien divulga o mantiene en la red datos personales obsoletos como frente a los motores de búsqueda que indexan las páginas originales y muestran los enlaces a ellas en su página de resultados. En el primer caso, se ejerce el derecho de cancelación. En el segundo supuesto, entra en juego el derecho de oposición al tratamiento de datos, exigiendo del buscador que desindexe la página o páginas que muestran los datos obsoletos. Esta posición de la Agencia queda reflejada en el Auto de 27 de febrero de 2012¹⁷ por el que la Audiencia Nacional planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial para determinar si la actividad de un motor de búsqueda puede interpretarse como una de las comprendidas en el concepto de “tratamiento de datos” contenido en la Directiva 95/46/CE.

Dentro de la conjugación del derecho al olvido como proyección del derecho a la protección de datos, merece una especial consideración la propuesta de Reglamento general de protección de datos presentada por la Comisión Europea, pues recoge expresamente una regulación del derecho al olvido, en los siguientes términos:

“Toda persona debe tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y al derecho al olvido, cuando la conservación de tales datos no se ajuste a lo dispuesto en el presente Reglamento. En particular, a los interesados les debe asistir el derecho a que se supriman y no se traten sus datos personales, en caso de que ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, de

que los interesados hayan retirado su consentimiento para el tratamiento, de que se opongan al tratamiento de datos personales que les conciernan o de que el tratamiento de sus datos personales no se ajuste de otro modo a lo dispuesto en el presente Reglamento. Este derecho es particularmente pertinente si los interesados hubieran dado su consentimiento siendo niños, cuando no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quisieran suprimir tales datos personales especialmente en Internet. Sin embargo, la posterior conservación de los datos debe autorizarse cuando sea necesario para fines de investigación histórica, estadística y científica, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cuando la legislación lo exija, o en caso de que existan motivos para restringir el tratamiento de los datos en vez de proceder a su supresión”.

De acuerdo con ese planteamiento, la propuesta de Reglamento establece que el interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento, esto es, quien mantiene y divulga los datos, los suprima y se abstenga de darles más difusión cuando se dé alguna de las cuatro circunstancias siguientes:

- a) los datos no sean necesarios para los fines que justificaron su recogida o tratamiento;
- b) el interesado haya revocado su consentimiento o haya expirado el plazo de conservación autorizado, y no exista otro fundamento jurídico para mantener los datos;
- c) el interesado se oponga al tratamiento “por motivos relacionados con su situación particular”; y
- d) el tratamiento de datos sea contrario a lo dispuesto en el Reglamento.

Si bien esta regulación no constituye un avance significativo respecto de la regulación contenida en la Directiva 95/46/CE pues se prevé algo que ya es posible, lo llamativo de la propuesta de Reglamento es que conlleva que el sujeto directamente obligado por el derecho al olvido es quien ha tratado y hecho público en alguna página de Internet los datos personales que el afectado quiere suprimir. Las otras páginas o servicios que multiplican la publicidad de esos datos al mantener copias o enlaces a ellos no serían los destinatarios del derecho de manera autónoma,

sino que estarían obligados a suprimir esas copias o enlaces, si la fuente primera de la divulgación los ha bloqueado previamente. Dicho de otro modo, el interesado debería dirigirse a la página *web* (por ejemplo, la versión digital de un periódico) que publicó inicialmente sus datos, pero no podría hacerlo contra los motores de búsquedas que mantienen el enlace a la información o las otras páginas *web* que se refieran a ella. Como es palpable, el TJUE no ha compartido y tenido en cuenta esta consideración a la hora de dictar Sentencia en el caso *Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*.

No obstante lo anterior, el texto aprobado inicialmente por el Parlamento Europeo en marzo de 2014 y por el Consejo en junio de 2015, innova en la protección del derecho al olvido, al incorporar a su contenido el derecho a obtener de los terceros (por ejemplo, los responsables de los motores de búsqueda) el borrado de los enlaces, copias o réplica de los datos. De este modo, la posición inicial adoptada por los colegisladores comunitarios vendría a situarse en la línea de lo defendido hasta ahora por la AEPD y consagrado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia dictada en el caso *Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*.

Como es natural, la propuesta de Reglamento general establece límites a los que debe sujetarse el derecho al olvido, al prever que este deberá ceder si la conservación de los datos personales es necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión, por motivos de interés público en el ámbito de la salud, con fines de investigación histórica, estadística y científica, o se prevé en una disposición legal.

En relación con dichos límites, la propuesta de Reglamento dispone que corresponde a cada Estado establecer los límites al derecho de protección de datos en relación con “el tratamiento de datos personales efectuado exclusivamente con fines periodísticos o de expresión literaria o artística”. La excepción prevista en favor de la libertad de expresión e información reproduce la formulación vigente del artículo 9 de la Directiva 95/46, que ha sido considerada por el TJUE como excesivamente restrictiva y que debe interpretarse de forma amplia¹⁸, de modo que la expresión “exclusivamente con fines periodísticos” no puede limitarse a las informaciones divulgadas a través de los medios de comunicación tradicionales, sino que debe incluir toda actividad que se ejerza “exclusivamente con la finalidad de divulgar al público información, opiniones o ideas”, independientemente del medio utilizado. A la vista de esta jurisprudencia, resulta extraño que la propuesta de la Comisión haya mantenido la redacción de la excepción a favor de la libertad de expresión en

los términos tan restrictivos de la Directiva de 1995 y no se haya optado por incorporar la interpretación más amplia defendida por el TJUE. La posición del Parlamento Europeo, en línea con la mantenida en relación con los buscadores, sigue los postulados consagrados por el TJUE, es decir, se manifiesta a favor de un reconocimiento más amplio de la libertad de expresión, al prever que los Estados miembros pueden establecer excepciones, entre otras materias, a los derechos de los titulares de los datos “cuando sea necesario para conciliar el derecho de protección de datos personales con las reglas que rigen la libertad de expresión de acuerdo con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Esta mención a la Carta en el texto aprobado inicialmente por el Parlamento Europeo y por el Consejo, ausente, en cambio, en la redacción inicial de la propuesta de la Comisión, es especialmente significativa. El texto propuesto por los colegisladores deja claro que los Estados, a la hora de establecer excepciones a la normativa de protección de datos en garantía de la libertad de expresión, entran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, están sujetos a la Carta¹⁹, de acuerdo con lo previsto en su artículo 51.1. La posibilidad de que el contenido final del derecho a la protección de datos regulado en el Reglamento varíe en función de las ponderaciones que realicen internamente los Estados miembros supone, ciertamente, un riesgo para lograr la armonización normativa en esta materia. Pero, a la hora de establecer las excepciones a la normativa con el fin de proteger la libertad de expresión, los Estados no son enteramente libres, pues, al estar vinculados a la Carta, deberán respetar su contenido de acuerdo con la interpretación del TJUE. El cual, entre otras, en la Sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, caso *Akerberg Fransson*, y en la Sentencia de 26 de febrero, asunto C-399/11, caso *Melloni*, ha establecido el grado de vinculación a los derechos fundamentales de la Carta que es exigible a los Estados, de acuerdo con el artículo 53 de la misma, cuando actúan dentro del ámbito del Derecho de la Unión.

De acuerdo con la doctrina fijada en ellas, cabe distinguir dos situaciones respecto de las que el grado de vinculación será más o menos intenso. La primera situación se da cuando la normativa europea determina completamente el ámbito de actuación de los Estados miembros, de modo que estos no tienen margen de libertad para introducir ningún tipo de variación. En esta situación, la actividad de los Estados está plenamente sujeta a los derechos de la Carta, que desplazan a los derechos fundamentales nacionales, que no pueden ser invocados para apartarse de lo establecido por la norma europea correspondiente. Esta es la hipótesis decidida en el caso *Melloni*, donde el TJUE afirma que un

Estado no puede invocar el derecho a un proceso justo reconocido en su constitución nacional para rechazar la ejecución de una orden de detención europea, más allá de los supuestos taxativamente contemplados en los que sí se permite por la normativa. Si la norma europea respeta el derecho al proceso justo reconocido por la Carta, los Estados no pueden oponer un estándar más alto de protección, porque eso supondría minar la primacía del Derecho europeo.

La segunda situación es aquella en la que la norma europea no determina completamente la actuación de los Estados, gozando estos de un ámbito de libertad a la hora de dar cumplimiento al mandato normativo comunitario. De acuerdo con la Sentencia recaída en el caso *Akerberg Fransson*, “en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”. De este modo, la adopción de un estándar nacional de protección de derechos fundamentales está sujeto a dos límites: cuando ese estándar suponga comprometer la primacía y uniformidad del Derecho europeo, y cuando, en el ámbito de que se trate, la Carta establezca un nivel de protección más alto, con la consecuencia de que ese estándar europeo más alto de protección desplazaría al nacional.

De las dos situaciones, la propuesta de Reglamento se sitúa en la segunda: deja libertad a los Estados para establecer la ponderación que consideren razonable entre el derecho a la protección de datos y la libertad de expresión e información garantizada por las respectivas constituciones nacionales. Pero esa ponderación está sujeta al control del TJUE, de modo que si el resultado o equilibrio entre ambos derechos formulado por el legislador nacional está por debajo del nivel óptimo de protección para ambos que se deriva de la Carta, habrá de aplicarse el estándar europeo frente al nacional.

En síntesis, en principio el derecho al olvido regulado por la propuesta de Reglamento está limitado por el debido respeto a la libertad de expresión e información, y cada Estado podrá establecer el contenido de este derecho, si bien su nivel de protección no podrá ser inferior al que se derive de la Carta en la interpretación del TJUE.

7.- INCIDENCIA DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA EN EL DERECHO AL OLVIDO

Dentro de la conjugación del derecho al olvido debe tenerse en consideración un nuevo sujeto, como son los responsables de los motores de búsqueda. Un sujeto, además, muy poderoso pues, por ejemplo, *Microsoft* con una cantidad entre 4,5 y 4,9 millones de euros y *Google* con una horquilla entre 3,5 y 3,9 millones, son las empresas tecnológicas que más dinero invierten en tratar de condicionar las políticas públicas en Bruselas²⁰.

Los motores de búsqueda se han convertido en herramienta esencial en la vida diaria de todos los usuarios de Internet. Sin ellos, sería enormemente difícil acceder a la información existente en la red. Pero, al mismo tiempo, su potencial resulta cada vez más problemático, por cuanto permiten localizar instantáneamente, salvando cualquier barrera de tiempo y espacio, información de todo tipo relativa a una persona. Las capacidades de recuperación y agregación de los motores de búsqueda pueden ocasionar considerables perjuicios a los individuos, tanto en su vida personal como en sus relaciones sociales.

En el ejercicio de la función de búsqueda de la información disponible en Internet, los motores de búsqueda realizan una actividad técnica que favorece la accesibilidad y el hallazgo de los contenidos que publican unos y buscan otros. A partir del “principio de neutralidad”, la empresa *Google* ha defendido que la responsabilidad por los contenidos a los que indexan su página de resultados es exclusivamente del editor de la página. De este modo, en relación con el grado de responsabilidad que le corresponde a los buscadores a la hora de garantizar el derecho al olvido, ha afirmado que el destinatario de este derecho debe ser la página fuente de la información y no el buscador²¹. No obstante, no hay que olvidar que *Google* es una empresa privada y, como tal, no tiene por qué ajustarse a criterios neutrales y podría estar en su perfecto derecho de ofrecer los resultados de búsqueda que más le benefician. Porque, pudiendo destacar sus propios servicios (como hace *Bing* con *Microsoft* o *Apple* con “Siri”), ¿por qué tendría que conceder ecuanimidad a los de sus competidores?

Esta posición, ciertamente limitadora de la eficacia de los derechos de los afectados por informaciones *on line*, ha sido acogida por el Abogado General en su escrito de Conclusiones²² presentado ante el TJUE en el caso *Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*. En ellas afirma que *Google* no

puede ser responsable del tratamiento de datos, porque para asignar responsabilidad se debe tener capacidad de influencia sobre el hecho, control consciente sobre el proceso y, en el caso del buscador, su actividad es puramente técnica, automática y pasiva, y no distingue si la información contiene datos personales o no. Por ello, el afectado por la divulgación de datos personales obsoletos ha de dirigirse únicamente al responsable de la página fuente que ha realizado el tratamiento inicial de los datos. La posición del Abogado General conlleva, por tanto, que los motores de búsqueda queden al margen de la normativa de protección de datos.

Conforme con lo anterior, hacer a *Google* responsable del uso de su buscador para trazar perfiles se parece demasiado a hacer responsable al fabricante, por ejemplo, de una escopeta del crimen que con ella se haya podido cometer, siendo comparativamente posible y previsible que ambos se puedan emplear con fines ilícitos.

En línea con ello, la propuesta de Reglamento general de protección de datos realizada por la Comisión parece asumir, también, que el sujeto obligado a dar cumplimiento al derecho al olvido es la persona que ha divulgado los datos y no los terceros que albergan copias o enlaces a ellos. De acuerdo con la propuesta de Reglamento, ante el ejercicio del derecho de cancelación o de oposición, corresponde a la página que inicialmente trató los datos poner fin al tratamiento y adoptar las medidas para informar a un tercero que posteriormente esté tratando los datos (esto es, al buscador) que el interesado está solicitando la supresión del dato o la copia.

Frente a lo expuesto, la AEPD ha sostenido que los buscadores al presentar los enlaces a distintas *webs* en su página de resultado realizan un tratamiento de datos del que son responsables y que, por tanto, están obligados a respetar y garantizar los derechos de cancelación y oposición de los particulares afectados²³. Además, no debemos olvidar que el acceso a la información es un derecho que toda institución (pública y privada) debe garantizar para que los ciudadanos y usuarios puedan acceder a una información ordenada no conforme al capricho de una plataforma, sino a unos criterios medianamente objetivos y transparentes. Y más aún si tenemos en cuenta que *Google* domina más del 90% del mercado de búsquedas a nivel mundial²⁴.

La posibilidad de que los motores de búsqueda sean destinatarios, también, del derecho al olvido ha sido acogida por el Parlamento Europeo al enmendar el texto de la propuesta de Reglamento, formulada por la Comisión, en el sentido de incluir expresamente el derecho “a ob-

tener de los terceros la supresión de cualquier enlace, copia o réplica de esos datos personales”. De este modo, del texto del Reglamento general de protección de datos aprobado por el Parlamento Europeo se deduce claramente que el titular de los datos podrá dirigirse tanto al responsable del tratamiento como al motor de búsqueda para que cese la difusión de los datos personales que considera obsoletos, excesivos o impertinentes. No obstante, el texto aprobado recientemente por el Consejo de ministros de Justicia de los 28 Estados miembros va más allá al disponer que si una persona pide a una empresa de Internet como *Google* que borre sus datos, dicha compañía, y no el afectado, deberá remitir la petición a otros sitios donde esta información se haya replicado.

Este es el panorama normativo tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, dictada en relación con la cuestión prejudicial formulada por la Audiencia Nacional, en el caso *Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*. La sentencia acoge íntegramente la tesis defendida por la AEPD y establece una interpretación de la Directiva 95/46/CE de protección de datos decididamente garantista de los derechos de cancelación y oposición de las personas frente a los motores de búsqueda. El grado de compromiso del TJUE con la protección de datos es tal que llega a reconocer el derecho del interesado a exigir que se elimine de la página de resultados del buscador el vínculo a la información que estime obsoleta.

El reconocimiento del derecho al olvido, en concreto, frente a los motores de búsqueda se argumenta, atendiendo a los fundamentos de la Sentencia:

En primer lugar, en que la actividad de los motores de búsqueda debe calificarse como tratamiento de datos. Al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda “recoge” tales datos que “extrae”, “registra” y “organiza” posteriormente en el marco de sus programas de indexación, “conserva” en sus servidores y, en su caso, “comunica” y “facilita el acceso” a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas, funciones estas que constituyen operaciones de “tratamiento” en el sentido de la Directiva²⁵.

En segundo lugar, el gestor del motor de búsqueda, como persona que determina los fines y los medios de esa actividad, es el responsable de que el tratamiento de datos personales cumpla con las exigencias de la Directiva 95/46/CE. Esta responsabilidad es propia y autónoma res-

pecto de la de los editores de las páginas *webs*. De este modo, el motor de búsqueda debe garantizar “una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada”²⁶.

En tercer lugar, siempre que la empresa gestora de un motor de búsqueda mantenga un establecimiento en un Estado miembro a través del cual desarrolle una actividad económica vinculada con el motor de búsqueda, como es, la promoción y venta de espacios publicitarios en sus listas de resultados, dirigida a los habitantes de ese Estado miembro, dicha empresa estará sujeta a la normativa europea de protección de datos, a pesar de que su sede matriz radique fuera de la Unión Europea²⁷.

Y, finalmente, porque entre el conjunto de derechos que reconoce la normativa de protección de datos, los motores de búsqueda deben respetar, en particular, los derechos de rectificación, supresión y bloqueo y de oposición (recogidos en los artículos 12 y 14, respectivamente, de la Directiva 95/46/CE), de modo que, en relación con búsquedas realizadas a partir del nombre de una persona, deben eliminar de la página de resultados los vínculos a páginas *webs* que contengan información relativa a esa persona, con independencia de que la publicación de esa información haya sido lícita o siga siendo accesible en la página *webs*, siempre que los datos personales contenidos en esa información resulten inadecuados, no pertinentes o excesivos en relación con los fines que justificaron su tratamiento y el tiempo transcurrido²⁸.

En síntesis, aceptar que la normativa no fuera aplicable por razón del territorio, o admitir que la actividad del buscador no constituía un tratamiento de datos y que no cabía imputar responsabilidad a sus gestores, sería tanto como afirmar la existencia de una zona franca para los buscadores, exenta de las obligaciones que impone el respeto del derecho a la protección de datos. Consecuencia de ello, la eficacia de la protección del derecho a la protección de datos de las personas preside la argumentación del TJUE a la hora de determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE en relación con los motores de búsqueda.

Qué duda cabe de que la ausencia de grandes empresas tecnológicas con sede social en la Unión Europea ha facilitado al TJUE la adopción de sus argumentos, pues de existir, y atendiendo a los intereses que mueven, seguro la solución hubiera sido diferente o, al menos, algo más matizada.

Otro de los puntos especialmente subrayados por el TJUE es el carácter singular de los buscadores y la afectación que su actividad produce sobre los derechos de las personas. En la Sentencia se subraya el

impacto que tiene la difusión de datos personales a través de la página de resultados de un buscador porque se trata de una información global y, más o menos, estructurada de las personas que permite configurar su perfil. Hoy, la información personal se almacena masivamente y es fácilmente accesible para cualquiera con sólo tener un terminal de acceso a Internet. Datos o informaciones recientes o lejanas, procedentes de las fuentes más diversas, están al alcance de cualquiera y para cualquier finalidad. Estos aspectos hacen que el tratamiento realizado por el buscador de datos personales previamente divulgados en páginas *webs* tenga un impacto extra al de esa publicación original y afecte significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales.

A partir de estas consideraciones, el TJUE reconoce la especial necesidad de protección de los derechos de los interesados frente a la injerencia que representa la difusión de información personal con sólo teclear el nombre de una persona.

Esta intensidad de la afectación de los derechos a la vida privada y a la protección de datos que comporta la actividad de los buscadores hace que estos derechos adquieran un especial peso y relevancia a la hora de ponderarlos con otros intereses con los que entran en conflicto. Por ello, a juicio del TJUE, deben prevalecer frente a los intereses económicos de los gestores y de los usuarios de los motores de búsqueda en acceder a la información sobre una persona. Y el TJUE no tiene mejor idea que convertir a los gestores de los motores de búsqueda en jueces, al encargarles la función de alcanzar un “justo equilibrio” entre los distintos derechos e intereses en juego, de modo que a la hora de decidir si dar cumplimiento a la solicitud de borrado de un vínculo a determinada información personal “deberían ponderar” las circunstancias del caso y valorar la naturaleza de la información de que se trate, el carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y el interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública. Y digo “deberían” porque ante la mera solicitud, *Google* se está limitando a eliminar la información existente sin apenas constatación, pues qué duda cabe de que un juez no puede dictar en un año 42.327 sentencias sobre 68.249 pleitos planteados examinando el fondo del asunto, como ha hecho *Google* en 2012 según el último Informe de Transparencia publicado²⁹.

Este es el marco en el cual se está conjugando a día de hoy el ejercicio del derecho al olvido frente a los buscadores, pues si bien la Sentencia afirma que: “se tendrá que examinar, en particular, si el intere-

sado tiene derecho a que la información relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre³⁰, la realidad, como puso de manifiesto, entre otros, el periódico *El Confidencial*³¹ o, recientemente, *El Mundo*³², es otra, pues *Google* está haciendo una interpretación de la Sentencia un tanto controvertida. Tanto, que existen dudas de que realmente la esté cumpliendo.

Realidad que se ve favorecida por el hecho de que no es necesario acreditar la causación de un perjuicio, de modo que la existencia de un daño no es presupuesto necesario de la viabilidad del derecho al olvido, sino que basta la consideración subjetiva del interesado de que determinado vínculo a información personal desfasada u obsoleta le puede afectar negativamente.

Es más, si bien el gestor del buscador tiene el deber de ponderar los intereses en conflicto, no dispone de criterios claros de ponderación, por lo que el riesgo de sobrecumplimiento de la normativa, eliminando más vínculos de los necesarios para proteger el derecho, será elevadísimo, como la realidad esta poniendo de manifiesto³³. Pues es lógico que, ante la incertidumbre sobre el sentido correcto de la ponderación que debe realizar en un caso concreto, el buscador, para protegerse frente ulteriores responsabilidades ante la autoridad de protección de datos, accederá, en caso de mínima duda, al borrado de los vínculos que haya solicitado el interesado.

Lo expuesto, que *per se* llama la atención, se ve potenciado a la luz de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), pues, precisamente, su artículo 17 prevé una regla de exención de responsabilidad por los enlaces a la información de terceros que ofrecen los buscadores si se cumplen las siguientes circunstancias:

- a) Que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Concretando la ley los medios a través de los cuales el prestador del servicio puede ser sabedor del carácter ilícito de la información y, por tanto, tener “conocimiento efectivo”:

“Cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”.

El principal problema que plantea esta disposición es la de si la lista de medios constituye *numerus clausus* o *numerus apertus*, de modo que el prestador del servicio puede llegar a tener conocimiento efectivo de la ilicitud por otros medios distintos a la resolución de una autoridad competente.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha admitido que un prestador puede tener conocimiento efectivo de la ilicitud de la información si esta resulta notoria y se le ha puesto de manifiesto por el interesado. Así, en la Sentencia 773/2009, de 9 de diciembre de 2009, el Tribunal Supremo consideró que el nombre de dominio “putasgae.org” era suficientemente revelador de su contenido insultante como para que quien alojaba esa página *web* tuviera conocimiento efectivo de la ilicitud y, por tanto, el deber de retirar o impedir el acceso a la información. De este modo, el Tribunal Supremo establece una interpretación más abierta de los medios a través de los cuales un prestador de servicios puede tener conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos, al incluir también “hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate”. Sin embargo, a pesar de la apertura de vías a partir de las que el prestador del servicio puede tener conocimiento efectivo de la ilicitud, esta debe ser clara o evidente, porque, de otro modo, si a petición de un particular se retira una determinada información cuyo carácter lesivo de un derecho no fuera claramente constatable, el proveedor de servicios estaría asumiendo una función de censor privado claramente excesiva³⁴.

Ahora bien, la Sentencia dictada por el TJUE en el caso *Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González* no parece limitar la responsabilidad de los motores de

búsqueda de garantizar el derecho al olvido a los supuestos claros y evidentes de ilicitud del tratamiento, al exigir, en todo caso, la ponderación de los distintos intereses en presencia atendiendo las circunstancias de la información controvertida. Pero no deja de ser cierto que el alcance de la responsabilidad por el tratamiento de datos personales que atribuye a los motores de búsqueda no es ilimitada sino que debe garantizarse, como afirma la Sentencia, “en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades³⁵”.

Este acotamiento de la responsabilidad debería entenderse como la introducción de un principio de proporcionalidad en la determinación del alcance de las obligaciones de los motores de búsqueda para garantizar la protección eficaz y completa de los interesados, pues con ello se daría apoyo a sostener que el deber de borrar los vínculos a información personal a partir de la solicitud de un afectado debería ceñirse a los supuestos claros y evidentes del carácter inadecuado, impertinente o excesivo de los datos por obsoletos, casos en los que la prevalencia del derecho a la vida privada y a la protección de datos estaría fuera de toda duda. Un criterio de claridad a la hora de determinar el resultado de la ponderación evitaría las consecuencias negativas de un posible exceso de celo en la protección del derecho al olvido. Exceso que nos acercaría más a un derecho de censura que de olvido.

Además, lo anterior se vería reforzado otorgando mayores competencias a las Agencias de Protección de Datos pues estas contribuirían a clarificar los criterios y factores relevantes para dar cohesión al derecho al olvido.

Entiendo que este debería haber sido el criterio que el TJUE tenía que haber fijado a la hora de requerir la colaboración mutua entre los gestores de los motores de búsqueda y las agencias de protección de datos con el fin de garantizar la efectividad del derecho al olvido y espero que el texto definitivo del Reglamento general de protección de datos, que se espera para finales de año, así quede reflejado.

Así, la conjugación expuesta permitiría dar satisfacción a las necesidades de protección de los bienes de la personalidad en los tiempos de la publicidad universal, al tiempo que se preserva el valor de los motores de búsqueda como instrumentos de acceso a la información.

8.-CRÍTICAS EN TORNO AL DERECHO AL OLVIDO

La falta de una correcta determinación de la conjugación del derecho al olvido ha hecho que dispongamos de veintiocho regulaciones diferentes, lo cual difumina el contenido concreto, en su conjunto, del derecho en cuestión y facilita la exposición y fundamentación de las críticas que ha recibido.

La principal crítica en contra del reconocimiento del derecho al olvido es que supondría hacer posible borrar o reescribir la historia, pues implicaría otorgar a las personas la facultad de alterar la objetividad de lo ocurrido, modificando su contenido o imposibilitando a los demás el acceso a esa información.

A este respecto, la organización Reporteros sin Fronteras indicó en 2012 que un derecho al olvido generalizado podría ser difícil de conciliar con la libertad de expresión y la información en línea. La censura retroactiva, que sería, de alguna manera, lo que el derecho al olvido podría tener como consecuencia, es el efecto más preocupante de aplicar este derecho para los medios de comunicación. ¿Por qué una noticia publicada un determinado día en Internet puede desaparecer de la red con el paso del tiempo?

Esta organización no gubernamental (ONG) considera que la consagración legal del derecho al olvido podría producir efectos perversos e imprevistos por muchos de sus defensores. Entre otras consecuencias, realimentaría prejuicios, perpetuándolos³⁶.

Una segunda crítica vendría por el hecho de que el derecho al olvido constituiría un obstáculo al funcionamiento de los canales de información que necesitan los ciudadanos para desarrollar con responsabilidad y autonomía sus actividades, pues exigir a los intermediarios, como los motores de búsqueda, que censuren el material publicado, tendría un profundo efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión.

Una tercera crítica podría venir por el ámbito territorial de protección, pues parece que solo los ciudadanos de la UE disponemos del derecho al olvido pues, en base al principio de territorialidad de la norma comunitaria y de la jurisdicción del Tribunal, solo lo tenemos reconocido y protegido los que somos nacionales de uno de los Estados miembros de la Unión ya que la norma se aplica a las empresas europeas pero también a las compañías extracomunitarias, como *Google*, cuando

ofrezcan sus servicios a consumidores europeos. Lo cual puede generar un efecto llamada.

Otra crítica sería que el derecho al olvido tiene una incidencia negativa sobre la transparencia que debe acompañar a toda información, pues al otorgar a alguien el poder decidir qué se borra, qué se puede olvidar o qué se puede modificar, se está primando más el derecho a la protección de datos que el derecho a la información. Es más, esa falta de transparencia tiene una incidencia directa en un aumento de la arbitrariedad como consecuencia de la ausencia de información para poder efectuar un correcto control.

En quinto lugar, y relacionado con lo anterior, el derecho al olvido sería una forma de censura que deja agujeros en la memoria colectiva, pues como afirmó Jimmy Wales, cofundador de Wikipedia: “Conocer la historia es un derecho humano. Lo peor que puede hacer una persona es tratar de forzar el silencio de otra³⁷”.

En sexto lugar, y como ha señalado el abogado Carlos Sánchez Almeida, “la intimidad está muerta y enterrada en un sepulcro franqueado con protección de datos y falso olvido”. Este letrado se ha mostrado especialmente crítico con las consecuencias que está teniendo en España la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho al olvido. Sánchez Almeida ha lamentado las sentencias que se están dictando sobre este tema en la Audiencia Nacional, “que son todas un corta y pega con idénticos argumentos, pero sin criterio y extrapolando el derecho al olvido a cuestiones que no se deberían hacer desaparecer, como casos de agresiones sexuales, por ejemplo³⁸”.

Finalmente, que los motores de búsqueda dejen de ser unos meros intermediarios al tener que decidir, también, el alcance del derecho, es decir, a actuar como juez que debe ponderar los derechos e intereses en juego, conllevará un sacrificio de derechos básicos, como la libertad de expresión o información, pues no cabe la menor duda de que procederán a la retirada automática de enlaces que contenga contenido controvertido, lo cual comportará la eliminación de información legítima y legal, a fin de no ser sancionados por las agencias nacionales de protección de datos.

Estos o similares motivos pueden motivar la negación –que no conjugación- del derecho al olvido.

Prueba de ello son las Conclusiones del Abogado General Nillo Jääskinen en relación con la cuestión prejudicial planteada por la Au-

diencia Nacional mediante Auto de de 27 de febrero de 2012. Conclusiones que reflejan una negativa tanto al reconocimiento del derecho al olvido, como a la consideración de los motores de búsqueda como responsables del tratamiento de datos, pues ante una de las preguntas que formulaba la Audiencia Nacional al TJUE: “¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de datos [regulados en el artículo 12.b)] y el de oposición [regulado en el artículo 14.a) de la Directiva 95/46/CE] incluyen la posibilidad de que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarlo o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros?”, la respuesta ofrecida por el Abogado General es contundente.

Por un lado, afirma que “la Directiva no establece un derecho general al olvido, en el sentido de que un interesado esté facultado para restringir o poner fin a la difusión de datos personales que considera lesivos o contrarios a sus intereses”³⁹. Derecho que tampoco puede inferirse del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Además, un buscador ejerce legalmente tanto su libertad de empresa como su libertad de expresión cuando pone a disposición del público herramientas de localización de información en Internet⁴⁰, por lo que el derecho al olvido entrañaría sacrificar derechos básicos, como la libertad de expresión e información, sin que estos derechos en conflicto puedan equilibrarse de modo satisfactorio en cada situación concreta sobre una base casuística, dejando la decisión en manos del buscador⁴¹.

Por otro lado, no se puede considerar al proveedor de servicio de motor de búsqueda responsable del tratamiento de los datos personales que realiza siempre que dicho buscador no indexe o archive datos personales en contra de las instrucciones o las peticiones del editor de la página *web*. Es más, los derechos de cancelación y bloqueo de datos no confieren al interesado el derecho a dirigirse a un buscador para impedir que se indexe información que le afecta personalmente, publicada legalmente en páginas *web* de terceros, invocando su deseo de que los usuarios de Internet no conozcan tal información si consideran que les es perjudicial⁴².

Para el Abogado General, por tanto, el derecho al libre acceso a la información disponible en la red debe prevalecer en todo caso, de modo

que no queda espacio para una conjugación que ponga límites a la accesibilidad de determinada información.

En este contexto hay que tener en consideración que, al igual que en Estados Unidos, las empresas tecnológicas figuran entre las que más dinero invierten en tratar de condicionar las políticas públicas. Así, *Microsoft* figura a la cabeza y *Google* es la cuarta empresa que más dinero invierte en tratar de condicionar las políticas públicas comunitarias. La actividad de los lobbies tiene un largo recorrido en Bruselas. Los interesados en influir en la política comunitaria acuden primero a la Comisión Europea, la impulsora de las iniciativas. Más tarde se dirigen al Parlamento y al Consejo, que tienen que llegar a acuerdos sobre las propuestas de la Comisión⁴³.

Con este panorama, si bien la conjugación de derechos lo más razonable posible en los supuestos de conflicto es la vía adecuada para preservar los intereses contrapuestos de acceder libremente a toda la información *on line* y de precaverse frente al conocimiento permanente de informaciones pasadas que nos perjudican, dados los beneficios en juego -que en el presente caso son muchos y muy poderosos-, no tengo ningún tipo de duda, que amparándose en que el derecho al olvido, como cualquier otro derecho, no es “perfecto” y debe acomodarse, aunque difícilmente en condiciones de paridad, a la coexistencia con otros derechos, intentarán los lobbies hasta último momento influir en la conjugación de los derechos en conflicto.

9.- CONSIDERACIONES FINALES

El derecho al olvido es la respuesta al problema que genera el almacenamiento de información personal en Internet sin límite temporal. El avance tecnológico ha derribado las barreras naturales de tiempo y espacio que protegían a las personas frente al conocimiento permanente por los demás de hechos o circunstancias del pasado que pueden perjudicarles en el desarrollo de su vida actual, pues la perennidad de la información en Internet constituye una amenaza para el libre desarrollo de la personalidad. El derecho al olvido responde, así, a una necesidad sentida por los ciudadanos de poder eliminar o limitar la difusión de aquella información cuya accesibilidad permanente puede incidir negativamente en su vida personal, profesional o social.

Ahora bien, no debe olvidarse que estamos en la sociedad del siglo XXI, es decir, en la sociedad de la información global, en un nuevo mundo sin fronteras, en el que podemos estar visibles simultáneamente en miles de lugares, en el cual el que está enfrente de nosotros puede estar a miles de kilómetros, un mundo en el que el modo de entender la privacidad está cambiando, y en el que no debemos agarrarnos simplemente a las férreas herramientas proteccionistas del Estado liberal decimonónico para protegernos.

Así, si bien el derecho al olvido encuentra buen fundamento en dos derechos fundamentales: por un lado, el derecho de protección de datos que permite que los afectados puedan cancelar sus datos personales cuando estos ya no sean adecuados y necesarios, por razón de haber devenido obsoletos, o bien puedan oponerse al tratamiento de esos datos, y ello aunque los mismos sigan siendo veraces; por otro lado, el derecho a la intimidad permite dar cobertura a las expectativas de que, tras un considerable período de tiempo, ciertos datos, aunque públicos en su día, deben considerarse ya privados; no debe “olvidarse” que hoy la información no tiene límites y lo que se elimina aquí no significa que no siga vivo allá, y que esa falta de información afecta a la libertad de expresión y conlleva una limitación de la transparencia necesaria que requiere todo Estado democrático, por lo que de no articularse adecuadamente todos los derechos, dicho Estado estará más cerca de un Estado inquisidor que democrático.

En este juego de derechos, la regulación del derecho al olvido en la propuesta de Reglamento general de protección de datos, formulada por la Comisión Europea, y examinada inicialmente por el Parlamento Europeo y el Consejo, nos pone de manifiesto que será la conjugación de los intereses en juego los que determinarán la configuración del derecho, pues el texto aprobado por el Parlamento dibuja un giro de 180 grados en relación con el presentado por la Comisión, a favor de la privacidad, y que se sitúa en línea con la Sentencia del TJUE reflejada en la Sentencia recaída en el asunto C-131/12, caso *Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, la cual también reflejó un giro de 180 grados en relación con las Conclusiones que sobre el caso reflejó el Abogado General.

Recientemente, el pasado día 15 de junio, los ministros de Justicia de los 28 Estados miembros han aprobado, tras tres años de debate, la propuesta de Reglamento general en la que, siguiendo este giro de 180 grados, se refuerza el derecho, por encima de otros, a la protección de los datos personales en Internet frente al uso que hacen de ellos gran-

des compañías como *Google*, pues estas compañías sólo podrán procesar información personal si cuentan con el “consentimiento inequívoco” de los usuarios; estarán, además, obligadas, si una persona pide que se borren sus datos, a remitir la petición a otros sitios donde dicha información se haya replicado; y podrán ser sancionadas con multas de hasta el 2% de su volumen de negocios o un millón de euros si incumplen sus obligaciones en materia de protección de datos personales en Internet.

Consecuencia de ello, atendiendo a las posturas de las instituciones comunitarias, que ponen de manifiesto la forma de cómo se conjugará el derecho y la conjugación a la que corresponde, la cual en un principio no es la defendida por las grandes empresas tecnológicas, y dado que seguramente hasta finales de este año no será definitivo el texto del Reglamento, considero que los lobbies intentarán jugar un papel importante ante los colegisladores comunitarios, dada la cantidad de intereses que están en liza, pues no puede olvidarse que Bruselas encierra un botín de oro para quienes tratan de influir en la política.

Esperemos que al final se llegue a una conjugación correcta, razonable y proporcionada entre la protección de datos personales, los objetivos de la sociedad de la información y los intereses legítimos de los operadores económicos y de los usuarios de Internet en general. Y ello sin olvidar que una regulación regional de un aspecto global, como es la información en Internet, no tendrá suficiente fuerza para satisfacer la exigencia de proteger la privacidad, pues la fuerza está en la unión.

BIBLIOGRAFÍA

ABC: “Wikipedia sobre el `derecho al olvido´: `Esta forma de censura es inaceptable´”. <http://www.abc.es/tecnologia/redes/20140807/abci-wikipedia-censura-derecho-olvido-201408062135.html>, el día 6 de junio de 2015.

Agencia Española de Protección de Datos. La información citada ha sido obtenida de la página de Internet: <http://www.agpd.es>

BOE: Código de Derecho al Olvido. Edición actualizada a 1 de junio de 2015. http://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=094_Codigo_del_Derecho_al_Olvido&modo=1

CASINO RUBIO, Miguel: “El periódico de ayer, el derecho al olvido en Internet y otras noticias” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, octubre-diciembre 2012.

DATALIA.INFO: “El derecho al olvido: ¿una posible censura retroactiva a los medios de comunicación?” <http://www.datalia.info/blog/2014/07/30/el-derecho-al-olvido-una-posible-censura-retroactiva-a-los-medios-de-comunicacion>

DIARIO DE NOTICIAS: “Grandes críticas de los juristas al derecho al olvido”. Editorial La Ley. http://diariodenoticias.laley.es/documento.asp?id=NE0000695828_20150507.HTML

EL CONFIDENCIAL: “Derecho al olvido: Tres puntos del derecho al olvido que Google se salta a la torera” http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2014-12-03/cuatro-puntos-del-derecho-al-olvido-que-google-se-salta-a-la-torera_517576/#lpu6niMynXX0wuu8.

EL MUNDO: “Las `trampas´ de Google: así dirige tus búsquedas el gigante tecnológico” <http://www.elmundo.es/tecnologia/2015/07/13/55a3d293ca47413c588b4587.html>

EL PAÍS: - “Quiero que Internet se olvide de mí”. http://elpais.com/diario/2011/01/07/sociedad/1294354801_850215.html.

- “Microsoft figura a la cabeza de los 7.500 `lobbies´ de Bruselas” http://economia.elpais.com/economia/2015/05/23/actualidad/1432405235_963316.html.

- “El derecho al olvido en Internet” http://elpais.com/diario/2009/10/23/opinion/1256248805_850215.html.

EUROPA PRESS: “Google defiende en Luxemburgo el derecho a la información”. <http://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-google-defiende-luxemburgo-derecho-informacion-buscador-20130225154242.html>

GOOGLE: <http://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/>

GUICHOT, Emilio: “La publicidad de datos personales en Internet por parte de las Administraciones Públicas y el derecho al olvido” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.154, 2012.

LA VANGUARDÍA: “Europa se extralimitaría si universaliza el derecho al olvido” <http://www.lavanguardia.com/tecnologia/20150209/54427022609/asesor-google-europa-se-extralimitaria-si-universaliza-el-derecho-al-olvido.html>

LEZCANO, José María: “La protección de la intimidad/privacidad a través del derecho al olvido: análisis de la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia”. Obtenido de la página de Internet: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/41568/Documento_completo_.pdf?sequence=1

MIERES MIERES, Luis Javier.: “El derecho al olvido digital” en *Laboratorio de Alternativas*, Madrid, 2014.

NOVAL LAMAS, Joaquín José: “Algunas consideraciones sobre la futura regulación del derecho al olvido” en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 120, 2012.

SIMÓN CASTELLANO, Pere: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

NOTAS

1 “Quiero que Internet se olvide de mí”. El País. Publicado el día 7 de enero de 2011. Consultado en la página de Internet: http://elpais.com/diario/2011/01/07/sociedad/1294354801_850215.html, el día 16 de mayo de 2015.

2 El texto de la Comisión, aprobado a principios del 2012, esta disponible en la página de Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:ES:PDF>

3 El texto de la Comisión Europea, con las enmiendas propuestas por la resolución del Parlamento Europeo, se encuentra disponible en la página de Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0212&language=ES&ring=A7-2013-0402>

4 El texto de la Sentencia puede obtenerse en la siguiente página de Internet: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152>

[065&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c
id=137679](#)

5 Mieres Mieres, Luis Javier.: “El derecho al olvido digital” en Laboratorio de Alternativas, Madrid, 2014, p. 7.

6 “Europa se extralimitará si universaliza el derecho al olvido”. La Vanguardia. Publicado el día 9 de febrero de 2015. Consultado en la página de Internet: <http://www.lavanguardia.com/tecnologia/20150209/54427022609/asesor-google-europa-se-extralimitaria-si-universaliza-el-derecho-al-olvido.html>, el día 30 de mayo de 2015.

7 Recientemente un grupo de parlamentarios chilenos ha presentado un proyecto destinado a reconocer el “derecho al olvido” y un tribunal de Canadá se ha mostrado a favor de la retirada de enlaces no solo del buscador Google en el país www.google.ca, sino también en www.google.com, lo que supone, la aplicación del derecho al olvido a nivel mundial.

8 Simón Castellano, Pere: El régimen constitucional del derecho al olvido digital. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 121.

9 La tesis de que la dignidad de la persona humana no constituye un derecho fundamental ha sido sustentada en numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional, el cual, en términos generales, ha sostenido que la dignidad per se no puede ser tomada en consideración de modo autónomo para estimar o desestimar pretensiones de amparo. Véase, a guisa de ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional 443/1990, entre muchas otras

10 Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1982, de 2 de diciembre de 1982; 110/1984, de 26 de noviembre de 1984; 107/1987, de 8 de junio de 1987; 231/1988, de 2 de diciembre de 1988; 20/1992, de 14 de febrero de 1992; 151/1997, de 29 de septiembre de 1997, entre otras.

11 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de marzo de 1985, caso X e Y; de 26 de marzo de 1987, caso Leander; de 7 de julio de 1989, caso Gaskin; de 25 de marzo de 1993, caso Castello-Reoberts, entre otras.

12 Por ejemplo, en la Sentencia 12/2012, de 30 de enero de 2012.

13 Sentencias del Tribunal Constitucional 99/1994, de 11 de abril de 1994; 156/2001, de 2 de julio de 2001; 72/2007, de 16 de abril de 2007; y 77/2009, de 23 de marzo de 2009.

14 *Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01*

15 La Memoria de la Agencia Española de Protección de Datos correspondiente año 2011 se encuentra disponible en la siguiente página de Internet: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/common/memorias/2011/Memoria_2011.pdf, p.p. 43-45.

16 *La Resolución TD/266/2007 puede consultarse en la página de Internet: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2007/common/pdfs/TD-00266-007_Resolucion-de-fecha-27-07-2007_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf*

17 *El contenido del Auto disponible en la siguiente página de Internet: <http://contencioso.es/files/2012/05/AUTO-GOOGLE-oficial-2.pdf>.*

18 *Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-73/08, caso Satamedia Oy.*

19 *De acuerdo con el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.*

20 *“Microsoft figura a la cabeza de los 7.500 ‘lobbies’ de Bruselas”. El País. Publicado el día 23 de mayo de 2015. Consultado en la página de Internet: http://economia.elpais.com/economia/2015/05/23/actualidad/1432405235_963316.html, el día 23 de mayo de 2015.*

21 *“Google defiende en Luxemburgo el derecho a la información”. Europa press. Publicado el 25 de febrero de 2013. Consultado de la página de Internet: <http://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-google-defiende-luxemburgo-derecho-informacion-buscador-20130225154242.html>, el día 31 de mayo de 2015.*

22 El escrito de Conclusiones del Abogado General esta disponible en la página de Internet: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1111293>.

23 *Como quedó reflejado en la Declaración sobre buscadores de Internet, publicada por la AEPD, de 1 de diciembre de 2007. Puede consultarse la misma*

en la página de Internet: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/recomendaciones/common/pdfs/declaracion_aepd_buscadores.pdf

24 “Las `trampas` de Google: así dirige tus búsquedas el gigante tecnológico”. El Mundo. Publicado el día 13 de julio de 2015. Consultado de la página de Internet: <http://www.elmundo.es/tecnologia/2015/07/13/55a3d293ca47413c588b4587.html>, el día 14 de julio de 2014.

25 Vid. Fundamento 28.

26 Vid. Fundamento 38.

27 Vid. Fundamento 60.

28 Vid. Fundamento 88.

29 De acuerdo con el último Informe de Transparencia de Google, a lo largo de 2012 se realizaron 42.327 solicitudes de datos sobre 68.249 usuarios. Informe obtenido de la página de Internet: <http://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/>. Consultada el día 2 de junio de 2015.

30 Vid. Fundamento 96.

31 “Derecho al olvido: Tres puntos del derecho al olvido que Google se salta a la torera”. El Confidencial. Publicado el día 3 de diciembre de 2014. Consultado de la página de Internet: http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2014-12-03/cuatro-puntos-del-derecho-al-olvido-que-google-se-salta-a-la-torera_517576/#lpu6niMynXX0wuu8, el día 3 de junio de 2015.

32 “Las `trampas` de Google: así dirige tus búsquedas el gigante tecnológico”. El Mundo. Publicado el día 13 de julio de 2015. Consultado de la página de Internet: <http://www.elmundo.es/tecnologia/2015/07/13/55a3d293ca47413c588b4587.html>, el día 14 de julio de 2014.

33 De acuerdo con el último Informe de Transparencia de Google, a lo largo de 2012 aumentaron de forma considerable las peticiones gubernamentales de acceso a información personal. En total se realizaron 42.327 solicitudes sobre 68.249 usuarios. La cifra de solicitudes de información de cualquier tipo ha aumentado un 70% desde 2009. Número del Informe obtenido de la página de Internet: <http://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/>. Consultada el día 2 de junio de 2015.

34 Mieres Mieres, Luis Javier.: “El derecho al olvido digital” en *Laboratorio de Alternativas*, Madrid, 2014, p. 45- 46.

35 Vid. *Fundamento* 38.

36 “El derecho al olvido: ¿una posible censura retroactiva a los medios de comunicación?” *Datalia.info*. Obtenido de la página de Internet: <http://www.datalia.info/blog/2014/07/30/el-derecho-al-olvido-una-posible-censura-retroactiva-a-los-medios-de-comunicacion/>, el día 6 de junio de 2015.

37 “Wikipedia sobre el ‘derecho al olvido’: Esta forma de censura es inaceptable”. ABC. Publicado el día 7 de agosto de 2014. Consultado de la página de Internet: <http://www.abc.es/tecnologia/redes/20140807/abci-wikipedia-censura-derecho-olvido-201408062135.html>, el día 6 de junio de 2015.

38 “Grandes críticas de los juristas al derecho al olvido” en *Diario de Noticias*. Publicado el día 7 de Mayo de 2015, Editorial La Ley. Consultado en la página de Internet: http://diariodenoticias.laley.es/documento.asp?id=NE0000695828_20150507.HTML, el día 6 de junio de 2015.

39 Vid. *Fundamento* 108.

40 Vid. *Fundamento* 132.

41 Vid. *Fundamento* 133.

42 Vid. *Fundamento* 100.

43 “Microsoft figura a la cabeza de los 7.500 lobbies de Bruselas”. El País. Publicado el día 23 de mayo de 2015. Consultado en la página de Internet: http://economia.elpais.com/economia/2015/05/23/actualidad/1432405235_963316.html, el día 23 de mayo de 2015.

LAS OFICINAS LIQUIDADORAS DE DISTRITO HIPOTECARIO EN CASTILLA-LA MANCHA

Manuel Montánchez Ramos

Vicedecano autonómico de los Registradores de la Propiedad y
Mercantiles de Castilla-La Mancha

Antonio Ballester Martín-Navarro

Socio de Olleros Abogados. Departamento de derecho Fiscal

VISIÓN CRÍTICA DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS OFICINAS LIQUIDADORAS DE CASTILLA-LA MANCHA Y SU INTEGRACIÓN EN LOS SERVICIOS PROPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

Dentro del sistema tributario español hay algunos impuestos como el de la Renta de las Personas Físicas, el de Valor Añadido o el de Sociedades que tienen un marcado carácter económico, en el sentido de que contemplan realidades que se analizan de manera más adecuada utilizando criterios de esta naturaleza. Otros tributos, por el contrario, tienen un aspecto esencialmente jurídico, por cuanto es necesario acudir a las fuentes normativas o instituciones para poder aplicarlos correctamente; es el caso de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales o de Sucesiones y Donaciones. Por vía de ejemplo y en un caso habitual de concurrencia en que se aplica uno u otro tributo en función del carácter “profesional” o “particular” del transmitente, en el IVA se define el hecho imponible como “entrega de bienes”, entendiendo por tal “la puesta a disposición del adquirente”, mientras que en ITP se habla de “transmisiones patrimoniales de bienes y derechos”. Como vemos, el primero tiene un enfoque económico frente al jurídico del segundo.

Además de ello, los hechos imposables que se someten a ITP o ISD suelen tener lugar con ocasión de actos que acceden al Registro de la Propiedad, como son compraventas, hipotecas o herencias, siempre que recaigan sobre bienes inmuebles, generando de facto, su recaudación por consecuencia del efecto de cierre registral que contempla la legislación hipotecaria.

Estas dos circunstancias, unidas al hecho de la distribución territorial de los Registros de la Propiedad por toda España y a la cualifi-

cación profesional de los registradores, concurrieron para el nacimiento de las Oficinas Liquidadoras anejas a los Registros en 1867 como una institución eficaz ante la necesidad de adoptar una Administración Tributaria adecuada, acorde a los postulados modernos que defienden una mejora de la gestión tributaria. Sobre la base de esta idea, las Oficinas Liquidadoras reciben como principal atribución la recaudación del redonominado impuesto sobre traslaciones de dominio (antes llamado derecho de hipotecas y más delante de derechos reales), sirviéndose de la estructura registral para su implantación territorial. Esta función liquidatoria es atribuida personalmente a los registradores de la propiedad, quedando adscritos jerárquicamente en esta nueva función al Ministerio de Hacienda, adquiriendo, en consecuencia, la consideración y deberes propios de los empleados de la Administración Tributaria.

Tras la Constitución y la consiguiente implantación de las Comunidades Autónomas, se establece la posibilidad de que éstas puedan hacerse cargo de la gestión, liquidación, recaudación e inspección de los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales en los términos previstos por las distintas leyes de cesión y sin perjuicio de que a su vez éstas puedan, dentro del marco de sus atribuciones, encomendar a las Oficinas de Distrito Hipotecario, a cargo de registradores de la propiedad, funciones de gestión y liquidación en los Impuestos sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Y, en efecto, tras la asunción de semejantes competencias por las Comunidades Autónomas éstas se han servido de la implantación territorial de los Registros de la Propiedad y de la prolongada y acreditada experiencia de las Oficinas Liquidadoras para hacer efectivas sus atribuciones, encomendando a éstas últimas la gestión y liquidación de los impuestos sobre Sucesiones y Donaciones, y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, quedando de esta forma desvinculadas de su tradicional sujeción a la Administración Periférica del Estado para integrarse en el organigrama autonómico, al servicio de la Administración territorial.

Si bien algunas Comunidades a día de hoy han prescindido de la encomienda, asumiendo directamente la gestión de estas dos figuras, la mayoría de ellas, incluida Castilla-La Mancha, han continuado con la colaboración de las Liquidadoras.

De esta forma, partiendo de un origen en cierto modo circunstancial, las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario se han consolidado como un eficaz instrumento y plenamente vigente en su función

liquidatoria, al servicio de las Comunidades Autónomas, desempeñando un papel principal en el ámbito de la gestión tributaria.

La función registral ha ido desde sus primeros tiempos acompañada del desempeño de funciones de gestión tributaria, en relación con los tributos vinculados a las operaciones que inciden en el Registro.

Curiosamente en los primeros momentos no se distinguió entre las funciones registrales y las de gestión tributaria. Sólo con la Ley Hipotecaria de 1861 se aprecia la diferencia.

Así la Ley Hipotecaria de España se promulgó el 8 de febrero de 1861, creando los Registros de la Propiedad. Tal Ley fue desarrollada por el Reglamento Hipotecario, de 2 de junio de 1861, reguló el funcionamiento de los Registros de la Propiedad y estableció el inicio de la colaboración con la Hacienda Pública en la gestión tributaria al determinar que en los pueblos en los que no hubiese funcionarios de Hacienda competentes para liquidar los derechos de hipotecas, deberá hacerlo el Registrador de la Propiedad.

La motivación fundamental fue la económica y la ayuda a la prevención del fraude. De esta manera se aprovechó en un momento económico complicado la infraestructura de oficinas de los Registros de la Propiedad.

El 10 de marzo de 1881, se crea por Real Decreto el Cuerpo de Abogados del Estado a los que se atribuye la liquidación del impuesto de derechos reales en los distritos de las capitales de la provincia, lo que conlleva la desaparición de las funciones liquidadoras de los Registradores en dichas capitales.

El Impuesto de Derechos Reales subsistiría hasta la Ley de Reforma de 11 de junio de 1964, que lo escinde en los dos impuestos existentes en la actualidad: el de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el de Sucesiones y Donaciones.

Pese a tal cambio subsisten las Oficinas Liquidadoras con independencia de las sucesivas reformas del sistema fiscal. En la de 1964 se consagra la clásica escisión competencial entre Abogados del Estado y Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario, confirmando la dependencia orgánica al Ministerio de Hacienda y dentro de él a la Dirección General de lo Contencioso y a partir de la Constitución Es-

pañola de 1978 empieza un nuevo régimen de las mismas en el Estado descentralizado como veremos a continuación.

Durante esta época y aun en la actual está vigente el artículo 536 del Reglamento Hipotecario que contempla que los Registradores “como funcionarios públicos serán titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario que vengán determinadas en la demarcación registral.”

Resulta interesante reflexionar como las Oficinas Liquidadoras han sobrevivido a momentos históricos muy diferentes guerras civiles, dos repúblicas, monarquías, dictaduras y como veremos en la evolución la democracia, el Estado centralizado y el Estado autonómico, siendo el motivo fundamental de la supervivencia la capacidad de adaptación de las mismas a las diferentes circunstancias.

Esta importancia, y por lo que se refiere a la Comunidad de Castilla-La Mancha, se puede comprobar fácilmente de los informes anuales que suscribe la Inspección General del Ministerio de Hacienda en relación a la gestión autonómica de los tributos cedidos. Del publicado correspondiente al año 2013, se puede destacar la gran agilidad y eficiencia de la gestión de las Oficinas Liquidadoras en relación a los Impuestos de Sucesiones y Donaciones y de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:

- En ISD, los Servicios Provinciales tenían pendientes a 1/1/2013 11.096 expedientes pendientes de despachar; durante ese año entraron 10.276, dando lugar a un total de 21.372, de los cuales se despacharon 9.001, quedando pendientes a 31/12/2013 un total de 12.371 con un incremento del 12% respecto de los iniciales. De estos datos resulta un índice de demora en la tramitación de 16,5 meses.

- Las Oficinas Liquidadoras mostraban las siguientes cifras: 6.999 expedientes a 1/1/2013, 21.132 entrados (total de 28.131), despachados 21.284, pendientes a 31/12/2013 6.847. Reducción del 1,1% respecto de los iniciales. Índice de demora de 3,9 meses.

ISD

	INICIALES			ENTRADOS			DESPACHADOS			PENDIENTES		
	2012	2013	VARIACION %	2012	2013	VARIACION %	2012	2013	VARIACION %	2012	2013	VARIACION %
OFICINAS GESTORAS	9683	11096	14,6	10165	10276	1,1	8806	9001	2,2	11042	12371	12,0
OFICI. LIQUIDADORAS	8715	6999	-19,7	20295	21132	4,1	22086	21284	-3,6	6924	6847	1,1
TOTALES	18398	18095	-1,6	30460	31408	3,1	30892	30285	-2,0	17966	19218	7,0

Fuente: Informe de la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

- En ITP, los Servicios Provinciales, tenían pendientes a 1/1/2013 89.315 expedientes pendientes de despachar; durante ese año entraron 114.733, dando lugar a un total de 204.048, de los cuales se despacharon 121.572, quedando pendientes a 31/12/2013 un total de 82.476 con una disminución del 15,9% respecto de los iniciales. De estos datos resulta un índice de demora en la tramitación de 8,1 meses.

- Las Oficinas Liquidadoras mostraban las siguientes cifras: 31.406 expedientes a 1/1/2013, 87.880 entrados (total de 119.286), despachados 85.603, pendientes a 31/12/2013 33.683. Incremento del 8,7% respecto de los iniciales. Índice de demora de 4,7 meses.

ITP v AID

	INICIALES			ENTRADOS			DESPACHADOS			PENDIENTES		
	2012	2013	VARIACION %	2012	2013	VARIACION %	2012	2013	VARIACION %	2012	2013	VARIACION %
OFICINAS GESTORAS	93841	89315	-4,8	125423	114733	-8,5	121243	121572	0,3	98021	82476	-15,9
OFICI. LIQUIDADORAS	43046	31406	-27	90988	87880	-3,4	103041	85603	-16,9	30993	33683	8,7
TOTALES	136887	120721	11,8	216411	202613	-6,4	224284	207175	-7,6	129014	116159	-10,0

Fuente: Informe de la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Aunque en el caso del ITP ha empeorado ligeramente la actividad de las OOLL (no así respecto del ISD, en que se ha mejorado), no deben olvidarse dos factores: ante todo la incorporación de todas las Oficinas al sistema integrado de gestión de la Junta de Castilla-La Mancha –GRECO-, que se ha traducido en ese pequeño incremento del retraso hasta que ha podido normalizarse la utilización del nuevo sistema informático; además en este impuesto la gestión relativa a los vehículos de motor corresponde exclusivamente a los SSPP, lo que implica que gestionan un mayor número de expedientes con una mayor facilidad en su tramitación, al valorarse los bienes por un sistema de tablas.

En todo caso, debe destacarse la importancia de la gestión realizada por dichas Oficinas, que puede apreciarse si se tiene en cuenta que el 67,3% de las declaraciones del ISD se presentan en las mismas (66,6% en 2012) así como el 43,4% de las relativas a ITPAJD (42,0 % en 2012). A su vez los ingresos recaudados por las mismas suponen el 52,0 % de la recaudación por ISD, el 54,4 % del ITP y el 41,6% de AJD (49,9 %; 55,14% y 41,01 % respectivamente en 2012). Todo ello con un personal propio de 137 en las OOLL a 31/12/2013. No debe olvidarse que el coste bruto (en el que se incluye alquileres, maquinaria, material de oficina, persona y otros posibles costes) de las OOLL para la Comunidad supone sólo el 3,5% de lo recaudado.

	ISD											
	INICIALES			ENTRADOS			DESPECHADOS			PENDIENTES		
	2012	2013	VARIACION %	2012	2013	VARIACION %	2012	2013	VARIACION %	2012	2013	VARIACION %
OFICINAS GESTORAS	241	190	-21,2	334	442	32,3	382	411	7,6	193	221	14,5
OFIC. LIQUIDADORAS	191	129	-32,5	422	286	-32,2	489	297	-39,3	124	118	-4,8
TOTALES	432	319	-26,2	756	728	-3,7	871	708	-18,7	317	339	6,9
IMPUGNACIÓN VALOR	253	177	-30,0	403	305	-24,3	483	266	-44,9	173	216	24,9

Fuente: Informe de la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

	ITP y AJD											
	INICIALES		VARIACION %	ENTRADOS		VARIACION %	DESPA-CHADOS		VARIACION %	PEN-DIEN-TES		VARIACION %
	2012	2013		2012	2013		2012	2013		2012	2013	
OFICINAS GESTORAS	284	316	11,3	981	924	-5,8	950	941	-0,9	315	299	-5,1
OFIC. LIQUIDADORAS	460	306	-33,5	1103	968	-12,2	1246	1030	-17,3	317	244	-23,0
TOTALES	744	622	-16,4	2084	1892	-9,2	2196	1971	-10,2	632	543	-14,1
IMPUGNACIÓN VALOR	555	463	-16,6	1605	1409	-12,2	1692	1411	-16,6	468	461	-1,5

Fuente: Informe de la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Tal situación evoluciona marcando una clara mejoría a favor de la productividad de las Oficinas Liquidadoras en el año 2014. Así, claramente, se desprende de los datos aportados en el mencionado informe para el ejercicio 2014 donde se aprecie una clara eficiencia en la gestión de tales tributos.

Gestión de expedientes del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Comparativa 2013/2014

	ISD											
	INICIALES		VARIACION %	ENTRADOS		VARIACION %	DESPA-CHADOS		VARIACION %	PEN-DIEN-TES		VARIACION %
	2013	2014		2013	2014		2013	2014		2013	2014	
OFICINAS GESTORAS	11096	12502	12,7	10276	11419	11,1	9001	9121	1,3	12371	14800	19,6
OFICINAS LIQUIDADORAS	6999	7116	1,7	21132	22248	5,3	21284	22882	7,5	6847	6482	-5,3
TOTALES	18095	19618	8,4	31408	33667	7,2	30285	32003	5,7	19218	21282	10,7

Fuente: Informe de la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Gestión de declaraciones del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD. Comparativa 2013/2014

	ITP y AJD											
	INICIALES		VARIACION %	ENTRADOS		VARIACION %	DESPECHADOS		VARIACION %	PENDIENTES		VARIACION %
	2013	2014		2013	2014		2013	2014		2013	2014	
OFICINAS GESTORAS	89315	100167	12,2	114733	130548	13,8	121572	129717	6,7	82476	100998	22,5
OFICINAS LIQUIDADORAS	31406	33373	6,3	87880	86683	-1,4	85603	89267	4,3	33683	30789	-8,6
TOTALES	120721	133540	10,6	202613	217231	7,2	207175	218984	5,7	116159	131787	13,5

Fuente: Informe de la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Gestión de recursos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Comparativa 2013/2014

	ISD											
	INICIALES		VARIACION %	ENTRADOS		VARIACION %	DESPECHADOS		VARIACION %	PENDIENTES		VARIACION %
	2013	2014		2013	2014		2013	2014		2013	2014	
OFICINAS GESTORAS	190	221	16,3	442	369	-16,5	411	382	-7,1	221	208	-5,9
OFICINAS LIQUIDADORAS	129	118	-8,5	286	359	25,5	297	357	20,2	118	120	1,7
TOTALES	319	339	6,3	728	728	0	708	739	4,4	339	328	-3,2
IMPUGNACIÓN DE VALOR	177	216	22,0	305	347	13,8	266	348	30,8	216	215	-0,5

Fuente: Informe de la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

**Gestión de recursos del Impuesto sobre
Transmisiones Patrimoniales y AJD.
Comparativa 2013/2014**

	ITP y AJD											
	INI- CIA- LES		VA- RIA- CION %	EN- TRA- DOS		VA- RIA- CION %	DESPA- CHA- DOS		VA- RIA- CION %	PEN- DIEN- TES		VA- RIA- CION %
	2013	2014		2013	2014		2013	2014		2013	2014	
OFICI- NAS GESTO- RAS	316	298	-5,7	924	727	-21,3	941	665	-29,3	299	360	20,4
OFICI- NAS LIQUI- DADO- RAS	306	259	-15,4	968	867	-10,4	1030	905	-12,1	244	221	-9,4
TOTA- LES	622	557	-10,5	1892	1594	-15,8	1971	1570	-20,3	543	581	7,0
IMPUG- NA- CIÓN DE VA- LOR	463	468	1,1	1409	1226	-13,0	1411	1181	-16,3	461	513	11,3

Fuente: Informe de la Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas

VENTAJAS DE LAS OFICINAS LIQUIDADORAS

Con todo lo dicho con anterioridad creemos que se puede afirmar que encontramos motivos objetivos fundados para ver el futuro de las Oficinas Liquidadoras claro y necesario para la Administración Tributaria por diferentes razones. Las razones para la subsistencia y desarrollo de las Oficinas Liquidadoras son numerosas y de diversa índole (jurídicos, políticos, históricos, económicos, etc.). Así citaremos tan sólo algunos:

RAZONES JURÍDICAS

En primer lugar por el apoyo normativo y jurisprudencial. En segundo el Registrador se encuentra en una posición idónea para el ejercicio de funciones fiscales, haciendo realidad el mandato constitucional en relación a los principios de eficiencia y economía establecidos para el gasto público, así como el artículo 3 de la Ley General Tributaria con arreglo al cual la aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos, así como a los preceptos de la Constitución Española.

No sólo el emplazamiento del Registrador sino también su cualificación abonan la conveniencia del desarrollo de funciones fiscales, pues, como dice el profesor Palao Taboada, los rasgos de la posición jurídica del Registrador han motivado que, de un modo por decirlo así natural, el legislador fiscal les encomendase desde los orígenes mismos de la imposición sobre el tráfico patrimonial la liquidación de los impuestos mediante los cuales ésta se realiza. Rasgos que principalmente son:

- La naturaleza de funcionario del Registrador.
- Su imparcialidad e independencia.
- Su competencia territorial exclusiva.

Por razones evidentes, la gestión a cargo de los Registros ofrece las suficientes garantías de seriedad y eficacia como para que sea conveniente su continuidad; pero además, la Ley, al citar expresamente a las Oficinas Liquidadoras, elimina cualquier duda que pudiera haber sobre la viabilidad de su ejercicio competencial dada la existencia de matices privados y públicos en el ejercicio de su función.

En este sentido resulta evidente la formación jurídica y en especial la relacionada con las operaciones inmobiliarias tiene una gran importancia en los principales impuestos gestionados por las Oficinas Liquidadoras al ser unos impuestos meramente jurídicos por responder a figuras de derecho civil y mercantil.

Por tanto se garantiza la exigencia del impuesto por su verdadera naturaleza jurídica para evitar la ocultación de hechos imponible bajo otra denominación, la calificación de los bienes por ejemplo si son rústicos o urbanos, la calificación de las condiciones..., y el Registrador debe practicar nota de afección fiscal como una garantía para el cobro de la

deuda tributaria a favor de la Administración, que se articula mediante una especial afección de los bienes y derechos al pago del impuesto y aunque hayan pasado a terceros ajenos a la deuda.

RAZONES POLÍTICAS

La responsabilidad política de desarrollar el mandato constitucional de cumplir con los principios de eficiencia y economía establecidos para el gasto público y lo exigido por la Ley General Tributaria con arreglo al cual la aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos, siendo evidentes razones que apoyan tal organización.

En última instancia la decisión acerca de la asunción de funciones de gestión tributaria por los Registradores resulta siempre de una decisión política. Parece por ello interesante apuntar, además de los técnicos, los argumentos políticos que avalan la penetración registral en el mundo fiscal.

- La enorme red territorial del colectivo registral que cubre toda España (61 registros en el territorio de la Comunidad de Castilla de Mancha)
- El carácter de Oficina Pública de los Registros de la Propiedad garantiza a la Administración tributaria la seriedad y competencia en su gestión
- La garantía de prestación continuada del servicio sin quedar afectado por el posible cambio de Registrador u otras circunstancias (interinidades, suplencias, etc.)
- La posibilidad de ampliar la gestión ulteriormente a otros tributos o fases de recaudación ejecutiva
- El respaldo del Colegio de Registradores, Corporación de Derecho Público que facilita la realización de actuaciones de interés para las Administraciones, a las que sirve el colectivo registral. Cabe citar entre ellas:

- o El suministro de soporte jurídico a los convenios que se firman
- o La dotación de infraestructura tecnológica a los Registros y en su caso a las Administraciones tributarias
- o La existencia de un Departamento Fiscal, en sede colegial, que atiende las consultas que se plantean por funcionarios o terceros
- o La organización de jornadas dedicadas a problemática tributaria
- o La edición de publicaciones especializadas en la materia fiscal:
 - Revista tributaria de Oficinas Liquidadoras
 - Boletín de Información tributaria, telemático (BIT)
 - Suplementos especializados
- o Apoyo a la edición de libros especializados, en materia fiscal
- o La realización de herramientas informáticas que apoyan la gestión
- o Organización de cursos de formación a empleados de los Registros y en la sede autonómica del Decanato del Colegio de Registradores de Castilla la Mancha.

RAZONES TECNOLÓGICAS

Señalamos anteriormente que el respaldo del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, conlleva un apoyo tecnológico firme que se traduce de múltiples formas, desde el suministro de programas y ordenadores a los Registros como el auxilio a las Administraciones tributarias que así lo demandan.

En definitiva con la presencia del Colegio se consigue facilitar el cumplimiento y, en su caso, la incorporación de la gestión tributaria desarrollada por las Administraciones a la Administración electrónica.

La protección de datos también se cuida especialmente, dada la sensibilidad de la materia fiscal a la misma, sin poder disociarse tales medidas de protección de las aplicadas al archivo registral.

Podemos al respecto citar como ejemplo de los desarrollos informáticos colegiales al servicio de la gestión tributaria de las Oficinas Liquidadoras la existencia de los siguientes programas y aplicaciones:

- Proa: Programa para la gestión del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y del Impuesto sobre sucesiones y donaciones los impuestos de TP y SD en Oficinas Liquidadoras.
- Sistemas de presentación telemática: El colegio de Registradores colabora en la perfección de estos sistemas, así resultó del informe del doingbusiness anual los encargados pidieron informes al colegio de Registradores sobre diferentes puntos y les interesó mucho los sistemas de presentación telemática de impuestos pues es considerado en el informe parámetro indicativo para facilitar el tráfico jurídico.

En este sentido el Decanato autonómico del Colegio Registradores de castilla la Mancha debería continuar trabajando con la Comunidad Autónoma en el perfeccionamiento de estos sistemas que ahora mismo para conseguir sistemas en los que toda la tramitación se pueda realizar de modo telemático. Así sería deseable el sistema por el cual el contribuyente, una vez que ha presentado de la documentación en los Registros de la Propiedad y Mercantiles, no precise tener que volver a presentar su documentación, pues ya será otra Administración, en nuestro caso los Registros de la Propiedad y Mercantiles, los que remitan a la Administración Tributaria la misma.

RAZONES ECONÓMICAS

Junto a las enunciadas razones históricas jurídicas y políticas encontramos argumentos de tipo económico favorables a la gestión externalizada de los tributos por parte de los Registros de la propiedad.

Volvemos a la constitución haciendo realidad el mandato de cumplir con los principios de eficiencia y economía establecidos para el gasto público, así como a la Ley General Tributaria con arreglo al cual la *aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos.*

Hay que hablar aquí, en primer lugar, de la magnífica consideración que las Oficinas Liquidadoras a cargo de los Registradores tienen en los Informes que anualmente remite a las Cortes Generales la Inspección General de Servicios del Ministerio de Hacienda acerca de la gestión tributaria desarrollada en las Comunidades Autónomas.

Dichos informes exhaustivos y efectuados por un órgano externo tanto a las Comunidades Autónomas como a los Registros funcionan como una auténtica auditoría que permite calibrar la eficacia y eficiencia de los servicios prestados y permite señalar como argumento a favor de la continuidad y aún la potenciación de los Registros como gestores tributarios.

Recordemos que estamos ante una doble fiscalización del Estado a la Comunidad Autónoma que gestiona los impuestos por delegación y de la CCAA a las Oficinas Liquidadoras.

Se analizan especialmente los siguientes aspectos:

- Organización y medios para la gestión.
- Determinación de objetivos e indicadores de su cumplimiento.
- Formas de gestión y su eficacia en el ámbito de la información y asistencia, gestión, inspección, valoración y recaudación tributaria.
- Contabilización y fiscalización de ingresos.
- Colaboración entre las Administraciones del Estado y la Comunidad Autónoma

- Ejercicio de facultades normativas.
- Análisis de los resultados recaudatorios alcanzados en el ejercicio.

Así resulta, de analizar los datos que se desprenden del mencionado informe, las conclusiones en cuanto a la mejora recaudatoria que se produce por la gestión de las oficinas liquidadoras por diferentes motivos, sobre todo los mejores ratios de demora y actividad y mayor porcentaje de ingresos por liquidación complementaria con respecto a la recaudación total, entendiéndose por índice de demora la relación entre los documentos pendientes al final del ejercicio y la media mensual de documentos despachados durante el mismo; estima el número de meses necesarios para eliminar los documentos pendientes, en el supuesto de que se mantuviera el ritmo de despacho y no se produjera la entrada de nuevos documentos, y por Índice de actividad el porcentaje que representan los documentos despachados en el ejercicio, en relación con la suma de los pendientes al principio del año y de los entrados en el mismo ejercicio.

En resumen, y por lo que respecta a la Comunidad de Castilla-La Mancha, la encomienda de la gestión tributaria respecto de los impuestos de TP y SD ha de valorarse de una manera claramente positiva:

- La eficiencia tanto en la tramitación de los expedientes, como en los ingresos derivados es mayor y a menor coste que el de los propios SSPP.
- Desde la integración informática de las OOLL, la Comunidad puede controlar de manera directa su actuación y sus posibles disfunciones.
- Con el sistema de OOLL se consigue una efectiva descentralización de los servicios tributarios que se traduce en una mayor inmediatez con los administrados, dada su distribución territorial por toda la autonomía sin limitarse a las capitales de provincia. (En una región de la extensión de Castilla-La Mancha, la tercera de España)
- El cierre registral y la comprobación de TODOS los expedientes (y no un porcentaje aleatorio de ellos) son, por último, otras de las ventajas que las OOLL brindan a la Comunidad.

EL RESURGIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL NUEVO DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA¹

Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho

Coordinador de Contratación.

*Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de
Castilla-La Mancha*

SUMARIO

I.- APROXIMACIÓN MARCO. II.- EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO EN LA UNIÓN EUROPEA. 2.1.- *El concepto de constitución económica.* 2.2.- *Características generales del fallido proyecto de Constitución europea.* 2.3.- *Principios y normas fundamentales en el fallido proyecto de Constitución europea.* 2.3.1.- *La unidad del mercado.* 2.3.2.- *El relego de los derechos fundamentales y la importancia de los principios generales del Derecho comunitario para una correcta construcción de la Unión Europea.* 2.3.3.- *Las cuatro libertades y sus instrumentos.* 2.3.4.- *Las liberalizaciones de los servicios públicos y las privatizaciones de las empresas públicas.* 2.3.5.- *Las políticas sectoriales y la política monetaria.* III.- EL TRATADO DE LISBOA O TRATADO DE REFORMA. 3.1.- *El refuerzo de los derechos y valores de la Unión Europea.* 3.2.- *Una mayor democracia gracias al mayor protagonismo del Parlamento Europeo, de los Parlamentos nacionales y de la iniciativa ciudadana.*

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar, desde la perspectiva de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea, el constitucionalismo económico en la Unión a través del intento fallido de implantación de una Constitución económica europea y las características de

la misma, frente al éxito del Tratado llevado a cabo inmediatamente después, esto es, el Tratado de Lisboa, Tratado que constituye en estos momentos el último eslabón en el proyecto de integración europea. De este modo y partiendo de esta premisa, se ponen en solfa ambos textos comunitarios, uno fallido y otro actualmente en vigor, con un enfoque muy centrado en los derechos fundamentales y en los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y ciudadanas de la Unión Europea en el marco del sistema de Derecho comunitario y del sistema judicial compuesto de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo económico, Constitución europea, Tratado de Lisboa, derechos fundamentales, derechos e intereses legítimos, Unión Europea.

I. APROXIMACIÓN MARCO

No se puede negar la evolución que ha existido en las constituciones económicas de los Estados miembros de la Unión Europea, de forma que donde se establecían a mediados del siglo XX mercados casi exclusivamente nacionales ahora encontramos a países que forman un mercado único. Evolución y cambios que se han ido produciendo por la existencia y superposición de una normativa europea de carácter económico frente a las diferentes constituciones de cada nación², y es que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea ya fue establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia *Costa contra Enel*³. Según este principio el Derecho de la Unión Europea tiene un valor superior a los Derechos nacionales de los Estados miembros, de forma que sobre los Estados miembros y los jueces nacionales pesa la obligación de no aplicar una norma nacional contraria al Derecho de la Unión Europea. De modo que junto a los principios de autonomía y de efecto directo del Derecho de la Unión Europea⁴, el principio de primacía debe ser obligatoriamente tenido en cuenta por los poderes pú-

blicos y los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de interpretar la normativa interna⁵.

Pensemos así que ocurriría en caso de colisión entre el Derecho de la Unión Europea y las Constituciones internas de los distintos Estados miembros. Pues bien, cabría decir, en primer lugar como ya se adelantaba, que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea es una regla dirigida fundamentalmente a los jueces y tribunales nacionales, los cuales han de vigilar la legalidad de los actos y disposiciones comunitarias (no sólo las nacionales) que deban aplicar a los litigios que conozcan, de forma que si un juez o tribunal nacional llega a la conclusión de que la norma comunitaria puede ser inválida por ser contraria a otra norma comunitaria debe dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial⁶; además, el Tribunal de Justicia europeo ha señalado que pesa sobre los Estados una obligación autónoma de derogar el Derecho interno incompatible con el Derecho de la Unión Europea, tratando con ello de garantizar el principio de seguridad jurídica. En segundo lugar, es necesario señalar que la primacía incluye a cualquier norma de Derecho comunitario, tanto de Derecho originario como de Derecho derivado; y en tercer y último lugar que era la cuestión que nos planteábamos, hay que decir, en relación con las normas internas, que el alto Tribunal europeo también ha afirmado que la primacía opera sobre cualquier norma interna, incluso ha llegado a decir que sobre las Constituciones internas⁷. También el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 14 de febrero de 1991, ha dicho que los jueces y tribunales españoles están plenamente facultados para inaplicar las normas internas, incluso de rango legal, contrarias al Derecho de la Unión Europea, de forma que el Tribunal Constitucional aplica el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y sus consecuencias⁸.

Un ejemplo lo encontramos en el Acta Única Europea, que constituye la primera gran reforma de los Tratados de París y Roma⁹ y en la cual uno de sus puntos más relevantes era el establecimiento de las condiciones jurídicas para la creación de un mercado único, donde no hubiera ningún tipo de discriminación ni a personas, ni a productos, ni a servicios. En ella la idea de fondo era, en definitiva, conseguir un mercado interior, lo que tuvo como derivación que se produjeran cesiones de competencias y se previeran en el Tratado de la Comunidad Europea toda una serie de medidas para eliminar, no sólo las barreras de tipo arancelario entre los Estados, sino también las trabas u obstáculos físicos, técnicos y fiscales, ya que el mercado interior aparece definido por el Acta Única como un espacio sin fronteras internas en el que la libre

circulación de mercancías, personas y capitales están garantizadas. En ella se fijó el 31 de diciembre de 1992 como fecha tope para la consecución del objetivo perseguido, objetivo que finalmente hay que decir se consiguió en fecha, para lo cual hubo necesariamente de evolucionar en aquél momento el Derecho económico y constitucional de los distintos Estados miembros.

Otro ejemplo lo encontramos también en el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea¹⁰, que es un resultado directo, tanto de la culminación de los objetivos previstos por el Acta Única Europea como de la reunificación alemana tras la caída del Muro de Berlín, que tiene consecuencias inmediatas que se traducen en un deseo de mayor integración europea, provocando el surgimiento de la unión económica y monetaria, con divisa única, y la creación de un Sistema Europeo de Bancos Centrales, con el Banco Central Europeo a la cabeza, aunque finalmente dicho banco no fuera creado hasta 1998.

De esta manera, si nos remontamos a la génesis del proyecto de Constitución europea, en diciembre de 2001 a fin de responder a los muchos desafíos a los que la Unión Europea tendría que hacer frente como consecuencia de la adhesión de los países de Europa Central y Oriental¹¹, el Consejo Europeo estableció una Convención para preparar un proyecto de tratado constitucional. La Convención adoptó el proyecto de tratado por consenso en junio de 2003 y, finalmente, el 29 de octubre de 2004 los Jefes de Gobierno de los países que formaban la Unión Europea en aquél entonces firmaron en Roma el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, conocido como Tratado de Roma o Tratado Constitucional. La Unión Europea se basó en los Tratados Constitutivos (Tratados de Roma¹²) y los Tratados y Actas que los modifican (Bruselas, Maastricht, Ámsterdam, Niza y Tratados de Adhesión) para fijar sus nuevas normas de funcionamiento y actuación, con un carácter ambicioso de forma que este nuevo documento reemplazaría dichos tratados y sería similar a la constitución de un país, pero en este caso aplicable a todo el ámbito de sujetos que conformaban la Unión Europea, a saber, instituciones y organismos de la propia Unión, Estados miembros, ciudadanos y particulares, empresas y organizaciones, etc.

Pues bien, partiendo del texto del fallido proyecto de Constitución europea, que fue más una suerte de Constitución económica europea por lo que a continuación se señalará, cabe indicar que en las próximas líneas se abordan precisamente cuestiones como el concepto de constitución económica; las características generales, principios y normas fundamentales que tenía esta Constitución para Europa; junto

con las principales razones que en materia de derechos de las personas le diferenciaban en gran medida del Tratado de Lisboa, que sí ha llegado a entrar en vigor y se aplicado.

II. EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. El concepto de constitución económica

La primera vez que se utilizó el concepto de “Constitución económica” fue en Alemania con la Constitución de Weimar de 1924. Concepto del que se apropiaron los ordoliberales de la escuela de Friburgo, escuela que fue de gran importancia en este aspecto, primero, por llevar a máximos la noción de Constitución económica; segundo, por haber establecido el nexo implícito entre derecho y economía y, sobre todo y muy importante, porque a ella se debe la posición de relevancia de la competencia en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Fue el 9 de Mayo de 1950 cuando Robert Schuman, ministro francés de Asuntos Exteriores en aquél entonces considerado después uno de los “padres de Europa” y a la postre Presidente de la primera Asamblea Parlamentaria Europea, propuso la creación de una institución europea supranacional encargada de administrar el carbón y el acero. Fue la denominada “Declaración Schuman”¹³, a partir de la cual surgió en origen la primera Comunidad Europea¹⁴, siendo seis los países¹⁵ que respondieron a este llamamiento y firmaron casi un año después, el 18 de abril de 1951, el Tratado de París por el que se creaba la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA)¹⁶.

Pues bien, años más tarde, después de un periodo de retraso en la integración europea que se va a superar en 1955 con una iniciativa italiana de creación de un mercado común, los seis Estados miembros de la CECA decidieron construir una comunidad económica basada en la libre circulación de las mercancías, los servicios, las personas y los trabajadores, es decir, en el libre ejercicio de la competencia. Así, el 25 de marzo de 1957 se firmaron los Tratados de Roma por los que se creaba la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de

la Energía Atómica (CEEA o EURATOM¹⁷), los cuales entraron en vigor el 1 de enero de 1958.

El Tratado CEE, que era el más importante de los dos, pretendía ya entonces establecer un mercado común y la aproximación de las políticas económicas de los distintos Estados. Para ello previó como objetivos más relevantes los siguientes:

§ La supresión de los derechos de aduana entre los Estados miembros, que quedaron totalmente eliminados el 1 de julio de 1968.

§ El establecimiento de un arancel aduanero exterior común y de una política común en el sector de la agricultura y de los transportes.

§ La creación de un Fondo Social Europeo.

De este modo, para realizar estos objetivos el Tratado CEE estableció unos principios directores y unas políticas comunes. Éstas fueron la Política Agrícola Común (PAC), la política de transportes y la política comercial común, de forma que este mercado común debía permitir la libre circulación de los trabajadores y de las empresas, la libre prestación de servicios y la liberación de los movimientos de capitales, con lo que el sistema económico y el jurídico quedaron integrados, colocando de este modo en el centro del orden jurídico de la economía la disciplina legislativa de la competencia en el seno de una unión y una Comunidad económica, la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea.

2.2. Características generales del fallido proyecto de Constitución europea

Tratado de Roma o Tratado Constitucional por el que se pretendía una Constitución para Europa pretendía ser una Constitución económica. Ese nacimiento de carácter exclusivamente económico de la Comunidad Europea como una comunidad económica fue trasladado de una manera muy pronunciada a este texto constitucional europeo, que también aportaba otras cuestiones como la referida al tratamiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, si bien es cierto que ocupando posiciones relegadas a un segundo plano detrás del plano económico, tal y como abordaremos. De lo anterior precisamente se deriva que el Tratado Constitucional fue en su origen una Constitución

económica, conservando en su tramitación y en su texto final sometido a aprobación esa fuerte caracterización económica¹⁸.

Características que nos llevan a hablar directamente de la existencia de una Constitución económica europea, Constitución que podríamos calificar de compuesta, en el sentido que el sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea es de jerarquía normativa (Derecho derivado subordinado al Derecho originario), y en el sentido de que la Constitución económica europea vincula a instituciones y organismos de la propia Unión, Estados miembros, personas físicas y jurídicas, etc. Lo cual permite afirmar que se hubiera tratado de una Constitución más compleja que las nacionales a las que hubiera englobado.

Por tanto, podemos referirnos al fallido texto de Constitución europea como una auténtica Constitución económica europea, constituida como un cuerpo de principios en busca de la libre competencia, la unión económica y el mercado único que hubiera evolucionado como una Constitución abierta conforme a factores de desarrollo como el del mutuo reconocimiento, consistente en la obligación de los Estados de permitir el comercio de productos procedentes de otros Estados, aunque no respondan a las condiciones previstas por las legislaciones nacionales y mientras cumplan las condiciones impuestas por la legislación del Estado de origen; la iniciativa de los particulares para equilibrar las condiciones en el ámbito de mercado; o la competencia de las reglas, técnica que consiente aceptar el Derecho más favorable.

Así, si se hubiera aprobado la Constitución europea se podría ahora prever que hubiera sido diferente pasada una década, partiendo de la base que era una Constitución incompleta porque de hecho no toda la Constitución económica se hubiera aplicado a los quince Estados miembros de la Unión Europea en aquél momento, lo cual ya hacía dudar en demasía de su eficacia, digamos, constitucional. Si bien la idea que subyacía en la Constitución económica europea, era que esta se integraría en las constituciones nacionales en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, con la función de que aunque su peso y sus efectos variaran, la Unión Europea desempeñaría un rol dominante de integración que haría ya imposible las distinciones netas entre la Constitución económica europea y las nacionales, aspecto que nos llevaría a considerar que todas estarían insertadas, las unas en la otra y viceversa.

2.3. Principios y normas fundamentales en el fallido proyecto de Constitución europea

La construcción de la Unión Europea se fundamenta en unos principios vertebrales con los que los Estados miembros se tienen obligatoriamente que comprometer y cuya aplicación se confía a las instituciones de la Unión. Entre ellos cabría destacar la consecución de una paz duradera, la unidad, la igualdad, la libertad, la solidaridad, la seguridad y, cómo no, la protección de los derechos y libertades fundamentales y, por ende, de la democracia, del Estado de Derecho y del respeto a la identidad nacional de sus Estados miembros. Es necesario indicar que todos estos principios son transversales, aplicándose por tanto en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico de los Estados miembros y de la Unión Europea, pero además que están íntimamente relacionados entre sí, de forma que unos derivan de otros o son corolario de los anteriores. No obstante el proyecto de Constitución europea incidía en los siguientes:

2.3.1. La unidad del mercado

Unidad e igualdad son dos principios fundamentales que van de la mano. Sólo puede existir unidad donde reine la igualdad, tanto entre los ciudadanos y empresas u organizaciones de la Unión Europea como entre sus Estados miembros.

Así, entre los ciudadanos europeos no puede haber discriminación de ningún tipo por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, por lo que todos los ciudadanos europeos son iguales ante la ley. Por su parte, para los Estados miembros, el principio de igualdad significa que ninguno de ellos tiene primacía sobre otro y que las diferencias de orden natural, como la extensión, la población o la estructura organizativa y territorial propia, deben resolverse únicamente en el marco del principio de igualdad.

Hasta aquí lo que supone la unidad e igualdad con carácter general, pero la Constitución económica europea se asentaba con un valor fundacional el principio de unidad de mercado y el que de él deriva, el principio de prohibición de discriminación en este mercado. Este principio comporta la continua equiparación de las condiciones y circunstancias, lo que a su vez conlleva dos implicaciones que se complementan entre sí, de manera que la primera es organizada y la segunda espontánea, siendo que la segunda tiene bajo control a la primera. Son:

1. La eliminación, desde arriba, de los factores estatales y no estatales de desigualdad.

2. La acción, desde abajo, de todos los operadores económicos para construir un sistema sin discriminaciones.

2.3.2. El relego de los derechos fundamentales y la importancia de los principios generales del Derecho comunitario para una correcta construcción de la Unión Europea

Resulta inevitable hablar de los derechos fundamentales individuales de los ciudadanos de la Unión Europea, sin los cuales jamás puede existir democracia ni Estado de Derecho. Los mismos son, evidentemente, otro de los ejes sobre los que gira y debe girar siempre el funcionamiento de la Unión Europea, el principal no cabe duda. Su respeto es y debe ser parte integrante de los sistemas constitucionales de la mayoría de los países civilizados y en particular condición “*sine qua non*” de todos los Estados miembros de la Unión, cuyos ordenamientos jurídicos, como fundamentos del orden político y de la paz social, se basan en la tutela de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes, del libre desarrollo de la personalidad, del respeto a la ley y a los derechos de los demás, tal y como reconoce y ampara por ejemplo el artículo 10.1 de nuestra Constitución de 1978.

Además de lo establecido en los ordenamientos nacionales existen suscritos numerosos acuerdos internacionales sobre la protección de los derechos humanos, entre los cuales destacan, a título de ejemplo y por orden cronológico, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1948; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se firmó en Roma en 1950 y entró en vigor en el año 1953, inspirado en la anterior Declaración y cuyo máximo exponente es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (tribunal internacional independiente que no forma parte de la Unión Europea¹⁹); o la Declaración Universal de los Derechos del Niño, proclamada también por la ONU en el año 1959.

No se puede obviar la importancia capital y por tanto dejar pasar, para una completa comprensión en este punto del Derecho de la Unión Europea, una referencia a lo que son y suponen los principios generales dentro del ordenamiento jurídico comunitario y también, cómo no, dentro de cualquier ordenamiento jurídico propio de un Estado social y democrático de Derecho. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

en su misión de garante del respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, formula con mucha frecuencia categorías generales (principios) que unas veces tienen el carácter de desarrollo de categorías ya contempladas normativamente, y otras, las más, implican una construcción “*ex novo*” ante el silencio normativo al respecto. Para el desarrollo de esta labor creativa, el Tribunal acude con normalidad a los Derechos de los distintos Estados miembros de la Unión Europea. En efecto, es doctrina reiterada por el máximo órgano judicial europeo la que señala que en el ejercicio de los poderes que les confieren las Directivas comunitarias los Estados miembros deben respetar los principios generales del Derecho que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de junio de 2000, *Schlossstrasse*²⁰, apartado 44, y de 26 de abril de 2005, *Goed Wonen*²¹, apartado 32).

Entre los principios generales formulados por el Tribunal Europeo de Justicia es preciso destacar los derechos fundamentales de las personas²². Según reiterada jurisprudencia del Tribunal, que recuerda la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, de 14 de mayo de 1998²³:

...los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza este Tribunal (véase, en particular, el dictamen del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996, 2/94, Rec., p. I-1759, apartado 33, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. p. I-2629, apartado 14), de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 presenta en este orden una singular relevancia. Por otra parte, a tenor del apartado 2 del artículo F del Tratado de la Unión Europea, la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

Junto a los derechos fundamentales, el Tribunal ha ido estableciendo toda una serie de principios generales cuyo respeto impone no sólo a las instituciones comunitarias, sino también a todas las autoridades nacionales encargadas de aplicar el Derecho de la Unión Europea. Entre estos principios hay que resaltar, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el principio de igualdad, en el que como ha señalado el alto Tribunal, las normas sobre igualdad

de trato no sólo prohíben las discriminaciones abiertas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado²⁴; el de seguridad jurídica, que tiene por finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho de la Unión Europea²⁵; el de confianza legítima, muy ligado al anterior, en el que el derecho a reclamarlo se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas, siendo preciso determinar si un operador prudente hubiera podido protegerse de los riesgos en que se incurran en un determinado supuesto y que los operadores económicos igualmente deben soportar los riesgos económicos inherentes a sus actividades, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso²⁶, que viene a suponer, en definitiva, que la Administración no puede adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella, derivándose de ello el respeto de aquellas actuaciones realizadas por los particulares confiando en la legalidad del comportamiento de la Administración; o, por último, el de proporcionalidad, que exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos gravosa u onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos finalmente perseguidos²⁷.

Sin embargo, como una prueba del marcado carácter económico del proyecto de Constitución europea el grupo de derechos garantizados por la Constitución económica, era el de la propiedad; el de empresa; el de trabajo y el de los consumidores. Es cierto que por otra parte, al lado de estos cuatro grupos de derechos establecía que *“la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”*. Lo que nos llevaría a concluir que en materia de derechos de los ciudadanos de la Unión Europea lo que nos encontramos en el fallido proyecto Constitucional europeo es un listado específico de derechos de carácter económico, seguido por una fórmula general que remite a los ordenamientos nacionales como elemento característico de la Constitución económica europea en materia de derechos fundamentales. Baste señalar en este sentido que su enumeración en el articulado del Tratado Constitucional era posterior a las cuestiones de carácter económico.

2.3.3. Las cuatro libertades y sus instrumentos

La libertad es el resultado de la paz, la unidad y la igualdad. La creación de un gran espacio europeo garantiza al mismo tiempo la libertad de circulación a través de las fronteras nacionales, concretamente la libre circulación de las personas y trabajadores, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, la libre circulación de mercancías y la libre circulación de capitales.

Estas cuatro libertades básicas son el garante del principio fundamental de libertad dentro de la Unión Europea, garantizando, por ejemplo, a las empresas la libertad de ofrecer sus bienes y servicios a un número de consumidores incomparablemente mayor, a los trabajadores la libre elección de su lugar de trabajo o a los consumidores la libertad de elegir dentro de un variado abanico de productos.

Por tanto, el referido principio de la unidad de mercado queda asegurado ahora por las cuatro libertades de circulación cuyo contenido podríamos concretar en:

> Libre circulación de capitales: esta libertad consiste en la prohibición total de las restricciones a los movimientos de capitales y a los pagos. Las excepciones a la misma se limitan fundamentalmente a los movimientos y transacciones con terceros países y están sometidas a una decisión conjunta de la Unión Europea.

> Libre circulación de mercancías: la Unión Europea se basa en una unión aduanera que abarca la totalidad de los intercambios de mercancías y que implica la prohibición, entre los Estados miembros, de establecer e imponer derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, como pueden ser por ejemplo las de carácter fiscal, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países. Asimismo, también quedan prohibidas en base a esta libertad entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, si bien esto último lo es con alguna excepción.

> Libertad de circulación de personas y trabajadores: libertad que incluye el derecho para buscar trabajo en otro Estado miembro; el derecho a trabajar en otro Estado miembro de la Unión; el derecho a residir en otro Estado miembro con este objetivo y el derecho a permanecer allí después de haber ejercido

en él un empleo; así como el derecho a la igualdad de condiciones de acceso al empleo, condiciones de trabajo y todas las ventajas que el país de acogida preste a sus propios nacionales. Se trata de una libertad que no es aplicable a trabajadores por cuenta propia, estudiantes o jubilados, que sí están cubiertos por otras disposiciones de los Tratados de la Unión Europea. Existen dos limitaciones esenciales al ejercicio de este derecho:

1. Por razones de seguridad y salud pública, la cual permite a los Estados miembros denegar la entrada o la estancia en su territorio a un nacional comunitario.

2. Limitaciones al acceso a la función pública que incluyan el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos²⁸.

> Libertad de establecimiento y de prestación de servicios: esta libertad, que afecta a las actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal y a las denominadas profesiones liberales, sienta el principio de libre ejercicio de la actividad no asalariada bajo dos aspectos, de forma que la persona física o jurídica podrá:

1. Establecerse en otro Estado miembro con la finalidad de prestar servicios en dicho Estado, que es la primera parte de esta libertad, esto es, libertad de establecimiento;

2. y/o prestar sus servicios en otros Estados miembros aun siguiendo establecido en su país de origen, que es la segunda parte de esta libertad, es decir, la libre prestación de servicios.

Ocurre que las libertades de circulación son estructuralmente semejantes a los derechos de propiedad, de empresa, de trabajo y de los consumidores que reconocía el Tratado Constitucional, sin embargo son funcionalmente diferentes y aunque los derechos citados no estuviesen garantizados, la Unión Europea podría existir, pero si no lo estuviesen las libertades de circulación la Unión Europea no existiría. De este modo, las libertades de circulación son instrumentales para la Unión Europea y, por otro lado, la unidad del mercado, las normas sobre la competencia, así como las de las ayudas de Estado y las de la armonización de las legislaciones nacionales son, a la vez, instrumentales para las cuatro libertades de circulación que reconocía y garantizaba la fallida Constitución económica europea.

2.3.4. Las liberalizaciones de los servicios públicos y las privatizaciones de las empresas públicas

La externalización de servicios públicos es ya hoy en día una práctica habitual entre los distintos Estados miembros y sus Administraciones Públicas y poderes adjudicadores, así como en los diversos ámbitos de competencias de éstas y éstos. Como en tantas otras cuestiones existen opiniones a favor y en contra, bien afirmando, por ejemplo en el primer caso, que la externalización del sector público garantiza la provisión de un bien o servicio público a los ciudadanos y que en aras de la eficiencia de este servicio se encomienda su producción al sector privado; bien aseverando, en el caso contrario, que la externalización es una forma encubierta de privatización de los servicios públicos. Lo cierto es que, al margen de estas opiniones, el objetivo aquí no es otro que analizar brevemente los hechos objetivos que abundan o no en esta externalización que recogía como uno de sus principios la Constitución económica europea.

Para ello es obligatorio analizar en primer lugar cuál ha sido la dirección que ha tomado la Unión Europea y, por tanto, el Derecho de la Unión Europea, en este sentido, donde parece fácil llegar a la conclusión que el conjunto de la hoy Unión Europea de los veintiocho ha abogado por una tendencia a la externalización con políticas como la de liberalización de los servicios o la de déficit cero. Prueba evidente de esta marcada tendencia es la nueva Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión²⁹, de la que se puede destacar que conforme a la misma los Estados miembros siguen teniendo la libertad para decidir cómo deben llevarse a cabo las obras o servicios públicos, esto es, bien de manera interna o bien externalizando a través de empresas privadas, de forma que si bien la nueva directiva no exige la privatización de las empresas que presten servicios al público, siendo por tanto, en definitiva, los Estados miembros y las autoridades públicas las que determinen los medios que consideren más correctos para la realización de obras y la prestación de servicios, no es menos cierto que por primera vez en el ámbito comunitario se regulan, a través de una Directiva específica y diferente de la Directiva que regula los contratos públicos, las concesiones tanto de obras como de servicios públicos. Esto es, se regulan así por primera vez de manera independiente las concesiones de obras y, a su vez, se regula por primera vez, de forma diferenciada o no, las concesiones de servicios públicos que hasta ahora no encontraba cobijo en el seno del Derecho de la Unión Europea, de forma que ello supone una clara apuesta y reconocimiento al recurso de la externalización.

En España la técnica de la externalización es, podríamos decir, añeja. Desde sus comienzos allá por la década de los años 80 del siglo pasado por medio de las concesiones de recogida y limpieza de residuos sólidos urbanos hasta la extensión actualmente a prácticamente la totalidad del catálogo de servicios públicos. A título de ejemplo se pueden citar los ya comunes conciertos sanitarios y educativos o la también ya habitual externalización de servicios sociales como puede ser el caso de centros de día, residencias de mayores, centros ocupacionales para personas con discapacidad, etc., como lo prueba en este último punto la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que plantea bastantes posibilidades de externalización.

Aunque ésta no ha sido la única norma que en España ha impulsado la tendencia hacia la externalización de los servicios públicos como así ocurrió por ejemplo, en su momento, en la propia normativa en materia de contratos, también por influencia de la Directivas europeas, con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al incorporar la misma a nuestro Derecho positivo la figura del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado que define el actual artículo 11 del TRLCSP³⁰ o al ampliar notablemente el ámbito de actuación del contrato de gestión de servicios públicos exigiendo como único requisito que los servicios por gestión indirecta no supusiesen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, noción de autoridad a la que se ha aludido con anterioridad. De modo que en este momento, la noción de servicios de interés económico general ha sido apartada y los servicios de utilidad pública se han ido liberalizando sustancialmente³¹. En este sentido, en el intento de texto constitucional europeo se preveía que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedaban sometidas a las normas del Tratado por el que se establecía una Constitución europea y a las reglas de la competencia.

Ya en lo concerniente a la privatización de las empresas públicas, es una materia en la que lo referido a las “ayudas de Estado”, declaradas posteriormente incompatibles y sometidas a un régimen especial de control por parte de la Unión Europea, asumió inicialmente un peso relevante como incentivo de esta privatización.

En este punto, si bien el ordenamiento comunitario, en principio, es neutral respecto a la propiedad y gestión, que pueden ser tanto públicas como privadas, en los procedimientos de control de las ayudas de Estado se ha planteado varias veces el problema de la participación es-

tatal como forma de ayuda, lo que ha empujado a la Comisión a tomar decisiones enfocadas a limitar la extensión de la mano pública en la economía. Como ocurrió cuando España fue sancionada en virtud del recurso de incumplimiento en las conocidas como “acciones de oro”, “*golden share*” o “*action spécifique*”, mecanismo éste que permitía a los Gobiernos nacionales intervenir en algunas operaciones de empresas privatizadas. Ejemplo de este caso fue la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) de 13 de mayo de 2003, en el asunto C-463/2000, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, que puso de actualidad en España la posible compatibilidad de ciertas medidas adoptadas por parte del Estado español, para mantener el poder de control y dirección de las empresas públicas que habían sido privatizadas, con determinados principios recogidos en el Tratado de la Comunidad Europea, en particular, el relativo a la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.

O como ocurrió también en el caso de las acciones de oro de la República Italiana (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000, dictada en el asunto C-58/99)³²; o de la República Portuguesa (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de junio de 2002, en el asunto C-367-1998); o de la República Francesa (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de junio de 2002, en el asunto C-483/1999); o del Reino de Bélgica (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de junio de 2002, en el asunto C-503/1999).

O de forma más reciente demostrando la actualidad del siempre recurrente asunto de las acciones de oro, pero en este caso resolviendo a favor del Estado alemán en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2013, en el asunto C-95/12, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra la República Federal de Alemania y en la que el Tribunal declara conforme al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea la normativa nacional alemana por la que se establece una minoría de bloqueo del 20% para la adopción de determinadas decisiones por los accionistas de la Volkswagen AG.

2.3.5. Las políticas sectoriales y la política monetaria

En el centro de la Unión Europea están los Estados miembros y sus ciudadanos y aunque todos ellos son países soberanos e independientes, han cedido parte de esa soberanía al objeto de buscar el bien-

estar común. Ese es el rasgo distintivo de la Unión Europea, que en la práctica significa que los Estados miembros delegan algunos de sus poderes decisorios en las instituciones europeas comunes. Por lo tanto, la Unión Europea se sitúa a medio camino entre el sistema federal pleno de los Estados Unidos de América y el débil sistema de cooperación intergubernamental de otras organizaciones internacionales como las Naciones Unidas.

Con base en esta idea, existen una serie de acciones públicas en el campo de la economía que están sometidas al control comunitario. Este control se lleva a cabo separando las materias entre la Unión Europea y los Estados miembros³³. Siendo la separación de las responsabilidades, que subordina las intervenciones estatales a las comunitarias, diferente según el sector. Así era reconocido por el proyecto de Tratado Constitucional. Quizás las dos más conocidas e importantes sean la Política Agraria Común (PAC) y la política de cohesión económica y social.

De este modo, la PAC regula la producción, el comercio y el tratamiento de los productos agrícolas en la Unión Europea. Para lograr los objetivos de la PAC se han creado distintas Organizaciones Comunes de Mercados Agrícolas (OCM's) para cada uno de los diferentes productos agrarios, de forma que les corresponde a estas organizaciones regular la producción y comercialización de los productos agrícolas. Tres son los principios fundamentales que caracterizan a estas organizaciones: un mercado unificado, la preferencia comunitaria y la solidaridad financiera.

Como se ha dicho, la PAC es una de las políticas sectoriales más importantes (sino la más importante para muchos de los Estados miembros) y uno de los elementos esenciales del sistema institucional de la Unión. Gestiona las subvenciones que se dan a la producción agrícola en la Unión Europea con la finalidad de mejorar su productividad, garantizar el nivel de vida de los trabajadores y asegurar el suministro alimentario a precios razonables a los consumidores. Anteriormente se gestionaba a través del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA) dedicado precisamente a estos fines, pero este se vio sustituido por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y el Fondo Europeo Agrícola para el Desarrollo Rural (FEADER). A título de ejemplo se podría decir que con el FEADER se financian únicamente los programas de desarrollo rural, mientras que con el FEAGA son financiados, entre otros, los gastos referidos a intervenciones destinadas a la regularización de los mercados agrarios o a medidas de información y

promoción de los productos agrícolas tanto en el mercado interior como exterior a la Unión Europea.

En cuanto a la política de Cohesión Económica y Social consiste en la cooperación territorial europea con el fin de promover e instaurar definitivamente una cooperación transfronteriza, transnacional e inter-regional en sectores como el del desarrollo urbano, rural y costero, el cultivo de relaciones económicas y la interrelación entre pequeñas y medianas empresas, objetivos éstos que son financiados a través de fondos específicos de la Unión Europea. La política de cohesión económica y social se apoya en un concepto relativo que se basa en la comparación entre el nivel de renta de un Estado miembro o una región con la renta media comunitaria y se desarrolla a través de los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión. Los primeros, los Fondos Estructurales, se componen del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), que se destina a reforzar la cohesión económica, social y territorial mediante la reducción de las diferencias entre regiones y el apoyo al desarrollo de las economías regionales, incluida la reconversión de las regiones industriales en declive; y el Fondo Social Europeo (FSE), que se destina a financiar las iniciativas relacionadas con la formación profesional y la creación de empleo. El Fondo de Cohesión, por su parte, se utiliza para financiar los proyectos medioambientales y de infraestructuras de transporte en aquellos Estados miembros que cuentan con un Producto Interior Bruto per cápita inferior al 90% de la media comunitaria. Podríamos concluir que estos Fondos son destinados a tres objetivos prioritarios: convergencia; competitividad regional y empleo; y cooperación territorial europea.

Respecto a la política monetaria, hoy en día son diversos los conceptos que hay que distinguir en materia de política monetaria y Gobernanza Económica³⁴. En primer lugar, todos los países de la Unión Europea forman parte de la unión económica y monetaria (UEM)³⁵, lo que significa que coordinan sus políticas económicas y consideran que las decisiones económicas son una cuestión de interés común.

Pues bien, en el seno de la UEM, no hay una única institución responsable de la política económica general, sino que las competencias están repartidas entre los Estados miembros y las instituciones y organismos de la Unión Europea. Así, los gobiernos de todos los Estados miembros son responsables de la política fiscal en sus respectivos países. Pero como las decisiones en materia fiscal adoptadas por un Estado miembro de la zona del euro pueden afectar a toda la zona del euro, estas decisiones deben ajustarse también a las normas establecidas a nivel de la Unión Europea. Por lo tanto, para que la UEM funcione eficaz-

mente y garantizar la estabilidad y el crecimiento, es necesario coordinar las finanzas públicas, las políticas estructurales, la política económica y la política fiscal. De esta manera, la gobernanza económica se realiza básicamente del siguiente modo:

§ El Consejo Europeo supervisa las finanzas públicas y la política económica de los Estados miembros, pudiendo realizar recomendaciones a los distintos Estados miembros a partir de propuestas de la Comisión, así como sancionar a países de la zona del euro que no adopten medidas correctoras para reducir los niveles excesivos de deuda y de déficit.

§ Por su parte el Banco Central Europeo se ocupa de manera independiente de la política monetaria en la zona euro, que se define y aplica en euros y que se centra fundamentalmente en la estabilidad de los precios y en los tipos de interés, aunque la gobernanza de la zona euro y las reformas importantes de la política económica también se tratan en las Cumbres del Euro, en las que, entre otros, se reúnen los jefes de Estado o de Gobierno de los miembros de la zona euro.

§ No podemos olvidar en este punto al Eurosistema, ni tampoco al Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC). El Banco Central Europeo es el banco de la moneda única europea³⁶, el euro, y es el núcleo del Eurosistema que es la autoridad monetaria que controla la eurozona³⁷ y que está formado además de por el Banco Central Europeo por los Bancos Centrales Nacionales de los Estados de la Unión Europea cuya moneda es el Euro; es a la vez el centro del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) del que forma parte también junto con los bancos centrales nacionales, en este caso, de todos los Estados miembros y es, por tanto, uno de los órganos que participa en la gobernanza económica de la Unión Económica y Monetaria, a la que pertenecen todo los Estados miembros de la Unión.

§ Por último, tenemos al Eurogrupo, que es el órgano informal en cuyo marco se reúnen los Ministros de Finanzas o Economía de los países de la zona del euro y cuyo objetivo es velar por una mejor coordinación de las políticas económicas, vigilar las políticas presupuestarias y financieras de los países de la zona del euro y representar al euro en los foros monetarios internacionales.

Por su parte, en el proyecto de Constitución europea se ponía de manifiesto que en los doce países que en aquél momento formaban “Eurolandia” los Estados habían perdido su soberanía monetaria, con la absorción de la tarea de acuñar moneda y de llevar a cabo la política monetaria realizada por una autoridad administrativa independiente perteneciente a la Unión Europea. Algo que no suponía una innovación en aquél entonces, dado que ya el 1 de enero de 1999, once países adoptaron el euro³⁸, que se convertía así en la moneda común de Bélgica, Alemania, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Austria, Portugal y Finlandia, convirtiéndose de este modo también en la moneda única europea. De forma que desde estos inicios el Banco Central Europeo tiene la exclusividad de autorizar la emisión de billetes y monedas de Euro, aunque, una vez autorizado, los billetes y monedas también puedan ser emitidos por los Bancos Centrales Nacionales de los países miembros que pertenecen a la zona euro. Lógicamente, los Estados miembros cuya moneda no sea el euro y los Bancos Centrales de éstos mantienen sus competencias en el ámbito monetario.

Fue el 1 de enero de 2002 cuando se emitieron y entraron en circulación los billetes y monedas de euro en los doce países que en esos momentos formaba la zona euro, dado que Grecia se había incorporado al euro con los once primeros países el 1 de enero de 2001. Dos meses después se retiraban de la circulación las monedas nacionales y desde entonces el euro ha sido la única moneda de curso legal para todas las transacciones comerciales y bancarias en los países de la zona euro, que representan más de dos tercios de la población de la Unión Europea, la cual en su conjunto ronda los 500 millones de personas.

En la actualidad son 18 los miembros que forman la eurozona, que por orden alfabético son: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, Letonia (que ha sido el último país en entrar el 1 de enero de 2014), España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Portugal. Además Andorra, el Vaticano, Mónaco y San Marino también utilizan el euro a pesar de que no son miembros de la Unión Europea. Por consiguiente, los otros estados de la Unión Europea que no utilizan el euro son Bulgaria, Dinamarca, el Reino Unido, Suecia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, la República Checa y Rumania.

III. EL TRATADO DE LISBOA O TRATADO DE REFORMA

De lo explicado hasta ahora, es manifiesto concluir que en el marco de la Unión Europea el mercado se ha construido y se construye no sólo por la ley de la oferta y la demanda, sino también a través de la deconstrucción de las barreras estatales. En este sentido, destacaba el hecho de que el fallido proyecto de Constitución económica europea pretendía englobar a las nacionales y que su carácter dinámico hubiera previsto hoy en día cumplidos diez años un futuro a muy corto plazo. A ese carácter dinámico contribuiría el fenómeno de la multifuncionalidad de las instancias jurídicas de la Unión.

Es fundamental en este apartado final destacar la fórmula que utilizaba el fallido proyecto de Constitución europea para dar un listado específico de derechos fundamentales seguido a continuación de una remisión general a los ordenamientos nacionales respecto del resto de derechos fundamentales y libertades públicas, fórmula amplia pero poco precisa, ambigüedad que atentaba contra la seguridad jurídica en un pilar de la convivencia democrática de los Estados miembros y de la Unión Europea. Técnica de la que se puede extraer una crítica velada al marcado carácter económico que siempre ha poseído la Unión Europea, antes Comunidad Económica Europea, que fue acentuado en este proyecto de Constitución económica europea.

El proceso de aprobación de la llamada Constitución Europea³⁹ supuso, en inicio, un punto y aparte con lo pretendido hasta ese momento en la Unión Europea, suponía un paso de gigante en aquellos momentos. En este proyecto se siguió trasladando el marcado carácter económico que hasta la fecha había tenido la Unión, dado que aunque se decía que la que pretendía ser la Constitución de todos los ciudadanos y ciudadanas de la Unión Europea aportaría una mayor eficacia de las instituciones, mayor simplificación de los procedimientos, más democracia y más solidaridad, lo cierto es que la Parte I del Tratado Constitucional estaba referida a los valores, objetivos y competencias de la Unión, relegándose así a un segundo plano (Parte II) la Carta de los Derechos Fundamentales, la dignidad humana⁴⁰, la igualdad⁴¹, la libertad⁴² y la solidaridad⁴³. Algo, a priori, inaudito en cualquier texto constitucional de corte social y democrático de Derecho y quizás razón suficiente para que este Tratado Constitucional fuera rechazado en referéndum de la población⁴⁴, por ejemplo de Francia y Holanda, pasando de esta forma su proceso de aprobación un periodo de suspensión para finalmente no llegar nunca a entrar en vigor y dar por concluso este proyecto.

Así, el Tratado Constitucional constituyó en aquél momento la etapa más avanzada en el proceso de integración europea. La Unión, largo tiempo asociada al mercado interior o a la unión económica y monetaria, proclamó en ese momento su ambición como una comunidad política democrática basada en valores comunes y en el concepto de ciudadanía europea, que sin embargo parece que no se plasmó finalmente en negro sobre blanco para que fuese entendido así por la ciudadanía europea, dando lugar al rechazo de la misma en votaciones democráticas, llevándonos de este modo a reflexionar porqué ese proyecto dio al traste y no otros como el posterior Tratado de Lisboa o Tratado de Reforma, siguiente y último intento hasta el momento de integración europea después del fallido Tratado por el que se creaba una Constitución para la Unión Europea⁴⁵.

El Tratado de Lisboa se firmó en la ciudad del mismo nombre el 13 de diciembre de 2007, fruto de negociaciones entre los Estados miembros reunidos en la Conferencia Intergubernamental del año 2007 en la que participaron también la Comisión y el Parlamento Europeo.

Al igual que el fallido proyecto de Tratado Constitucional, el Tratado de Lisboa para su entrada en vigor tuvo que ser ratificado por todos los Estados miembros, siendo en Irlanda también ratificado a través de Referéndum, de este modo el Tratado entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. El Tratado de Lisboa tuvo por objeto modificar los dos textos fundamentales de la Unión Europea hasta ese momento, a saber, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, conservando de todos modos ambos textos el mismo rango que tenían y no siendo por tanto sustituidos por el Tratado de Lisboa. De este modo, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) pasó a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Es este Tratado, que sustituyó al intento fallido de Constitución Europea, el que sí llegó a entrar en vigor debido, entre otras razones, a los principales motivos que en materia de derechos de las personas le diferenciaban en gran medida del proyecto de Constitución económica europea, motivos que podríamos sintetizar en el refuerzo de los derechos y valores de la Unión Europea y en la integración de una mayor democracia gracias al mayor protagonismo del Parlamento Europeo, de los Parlamentos nacionales y de la iniciativa ciudadana.

3.1. El refuerzo de los derechos y valores de la Unión Europea

El Tratado de Lisboa no sólo protege de manera más amplia los derechos a la libertad, solidaridad y seguridad⁴⁶, sino que además se refiere expresamente a otros nuevos disponiendo que todos los Estados miembros tienen que compartirlos y tienen que respetarlos, imponiendo esta obligación también a cualquier país que desee incorporarse a la Unión Europea. Estos nuevos derechos a los que se refiere el Tratado de Lisboa son, por ejemplo, la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos.

Asimismo, se añaden otros objetivos como son el fomento de la justicia, la protección social y la lucha contra la exclusión social y la discriminación, garantizando también expresamente la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales que pasa a ser jurídicamente vinculante, cambio este de especial relevancia jurídica. En definitiva lo que pretende con ello el Tratado de Lisboa es que la propia Unión Europea, al margen de lo que dispongan los Derechos nacionales de los Estados miembros, se dote de un catálogo propio de derechos civiles, políticos, económicos y sociales, vinculantes tanto para sus instituciones como para los Estados miembros, hasta tal punto que el Tratado de Lisboa concede a la Carta de los Derechos Fundamentales rango de Derecho primario⁴⁷.

En esta misma línea y en aras de la libertad de los ciudadanos de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa conserva y consolida las cuatro libertades básicas referidas anteriormente (libertad de circulación de personas y trabajadores, libertad de establecimiento y de prestación de servicios, libre circulación de capitales y libre circulación de mercancías), así como la libertad política, económica y social de estos ciudadanos y ciudadanas.

Ya en cuanto a la política exterior, el Tratado afirma explícitamente que la reducción y la erradicación de la pobreza son el objetivo principal de la política de la Unión en el ámbito de la cooperación para el desarrollo. No hay que olvidar en este punto que la Unión Europea es el mayor proveedor de programas de ayuda al desarrollo y ayuda humanitaria en el mundo. Como valor añadido el Tratado, prevé la creación de un Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria. Según el Tratado, la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria pasan a ser competencias compartidas paralelas, lo que significa que la Unión aplicará una política propia y los Estados miembros podrán hacer lo mis-

mo, evitándose así que la actuación de la Unión Europea sea un mero complemento de las políticas nacionales.

Este importante matiz busca en realidad un relanzamiento importante de las políticas de la Unión Europea en el ámbito de la cooperación para el desarrollo y, como no, la garantía de los derechos de las personas más allá de las fronteras de la Unión Europea. En definitiva, se podría decir que los objetivos capitales de la Unión Europea en el ámbito internacional son promover la democracia; el Estado de Derecho; los derechos humanos y la libertad; el respeto a la dignidad humana y a los principios de igualdad y solidaridad, objetivos para los que la Unión Europea desarrolla relaciones y colaboraciones con otros países y organizaciones del mundo entero que se han visto francamente reforzadas a partir del Tratado de Lisboa.

3.2. Una mayor democracia gracias al mayor protagonismo del Parlamento Europeo, de los Parlamentos nacionales y de la iniciativa ciudadana

El funcionamiento de la Unión Europea se rige por tres principios democráticos: la igualdad democrática, que representa la igualdad de trato que las instituciones de la Unión han de otorgar a los ciudadanos; la democracia representativa y la democracia participativa, las cuales se refieren a continuación. Pues bien, es tras el Tratado de Lisboa cuando se ha producido un avance hacia una mayor participación democrática en la Unión Europea que no supone otra cosa, a priori, que el reforzamiento de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas de la misma.

En lo que se refiere a la democracia representativa con el Tratado de Lisboa se produce un avance democrático al otorgarle, por un lado, mayor poder al Parlamento Europeo y, por otro, mayor participación a los Parlamentos Nacionales. Así, con respecto al primero de los avances el Tratado de Lisboa incrementa los poderes del Parlamento Europeo en materia:

§ Legislativa, de forma que el procedimiento de co-decisión que pasa a denominarse procedimiento legislativo ordinario, ampliándose a su vez la utilización de este procedimientos a varios ámbitos a los que antes no se aplicaba, lo que supone que el Parlamento Europeo pasa ahora a adquirir un verdadero poder legislador en igualdad de condiciones con el Consejo de la Unión Europea⁴⁸.

§ Presupuestaria, incorporando el marco financiero plurianual que deberá ser aprobado obligatoriamente por el Parlamento Europeo. Además, éste y el Consejo de la Unión Europea deberán fijar todos los gastos de manera conjunta, suprimiéndose la distinción existente hasta ese momento entre los gastos obligatorios y no obligatorios, aspecto que siempre generaba problemas, dado que el Consejo siempre tenía la última palabra sobre los obligatorios, mientras que el Parlamento la tenía sobre los gastos no obligatorios. Ahora este poder también recae en los representantes electos de los ciudadanos. Con el Tratado de Lisboa las ventajas de establecer un procedimiento presupuestario cada vez más preciso y un marco presupuestario estable para varios años resultan indudables ya que ambas circunstancias refuerzan los mecanismos de previsión, disciplina y consenso que deben imperar en toda elaboración presupuestaria en beneficio, en definitiva, de las personas físicas y jurídicas de la Unión Europea⁴⁹.

§ Aprobatoria, de modo que deberá aprobar todos los acuerdos internacionales que se refieran a asuntos en los que corresponda aplicar el procedimiento legislativo ordinario o de codecisión, que como hemos visto ha sido además ampliado a más ámbitos.

En lo que se refiere al segundo avance, el aumento de la participación de los Parlamentos nacionales, es importante subrayar que por primera vez los Parlamentos nacionales quedan plenamente reconocidos como parte del tejido democrático de la Unión Europea, siendo una de las grandes innovaciones la referida al control de la subsidiariedad, principio según el cual la Unión Europea, excepto en los ámbitos de su competencia exclusiva, sólo debe actuar cuando ello resulte más eficaz que la acción a escala nacional. Asimismo, hay que recordar que los Parlamentos nacionales también participan directamente en la aplicación de la legislación de la Unión Europea mediante la actividad legislativa que deben realizar para transponer las Directivas de la Unión Europea a la legislación nacional en una fecha determinada⁵⁰.

Resulta importante detenerse en la aplicación de la subsidiariedad. Con el Tratado de Lisboa, desde 2009 los derechos y deberes de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea están claramente fijados. Los Parlamentos nacionales ahora pueden manifestar más fácilmente su opinión sobre los proyectos de actos legislativos así como sobre otros asuntos que consideren de especial interés. Las acciones de la Unión

Europea están sujetas al principio de subsidiariedad, lo que significa que la Unión solo actúa cuando la acción es más eficaz a nivel de la Unión Europea que a escala nacional. Así se ha considerado que sucede cuando los Tratados han conferido competencias exclusivas a la Unión Europea, mientras que en los demás supuestos el nivel adecuado de actuación se decide caso por caso⁵¹.

Son los Parlamentos nacionales los que supervisan la correcta aplicación de este principio en la toma de decisiones de la Unión Europea, siendo la mayor novedad la facultad que estos tienen de hacer cumplir la subsidiariedad. Para permitir a los Parlamentos nacionales supervisar la aplicación de la subsidiariedad, la Comisión envía los proyectos legislativos a los estos Parlamentos al mismo tiempo que los envía al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea. Cualquier Parlamento nacional puede emitir un dictamen motivado si considera que la propuesta en cuestión no es conforme con el principio de subsidiariedad, de forma que en función del número de dictámenes motivados emitidos por los Parlamentos nacionales, la Comisión podría tener que reexaminar su propuesta y decidir si la mantiene, la modifica o la retira, que es lo que se conoce como “procedimiento de tarjeta amarilla y de tarjeta naranja”. En el caso del procedimiento legislativo ordinario, si la mayoría de los Parlamentos nacionales emite un dictamen motivado y la Comisión igualmente decide mantener su propuesta tendrá que explicar sus razones, debiendo el Parlamento Europeo y el Consejo decidir si continúan con ese procedimiento legislativo.

Por último en cuanto a la existencia de una mayor democracia participativa a través de la iniciativa ciudadana, es imprescindible resaltar que con el Tratado de Lisboa surge un nuevo derecho democrático para la ciudadanía que se plasma en la denominada “iniciativa ciudadana europea”, a través de la que un grupo de al menos un millón de ciudadanos, nacionales de varios Estados miembros, podrán sugerir a la Comisión Europea que presente una propuesta en los ámbitos de competencia de la Unión. Es la misma figura a la que en nuestro Derecho interno se le conoce como iniciativa legislativa popular que recoge el artículo 87.3 de la CE y al igual que en ella el Tratado de Lisboa remite la regulación y precisión de las normas prácticas de su ejercicio a lo que disponga un posterior acto legislativo⁵². En esta misma línea, el Tratado de Lisboa destaca también la importancia de las consultas y del diálogo con las asociaciones, la sociedad civil, los interlocutores sociales, las comunidades religiosas y las organizaciones no confesionales, cuestiones que una vez más no hacen sino reforzar los derechos de los habitantes de la Unión Europea.

Por ende y resumiendo, la Unión Europea tiene como objetivos promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos, también tiene presentes la economía social de mercado, el pleno empleo y el progreso social. La Unión Europea ha conseguido muchos logros desde su creación en 1950: ha creado un mercado único de bienes y servicios que abarca a más de 500 millones de ciudadanos; ciudadanía que tiene libertad para desplazarse y establecerse donde deseen; creó la moneda única (el euro) que es ahora una gran moneda mundial; es el mayor proveedor de programas de ayuda al desarrollo y ayuda humanitaria en el mundo, algo que está en consonancia con sus objetivos y finalidades; se encuentra en la vanguardia de la lucha contra el cambio climático y sus consecuencias, etc.

La Unión Europea se basa en el Estado de Derecho, lo que significa que todas las acciones emprendidas por la Unión se fundan en Tratados que han sido aceptados por todos los Estados miembros y, a su vez, ratificados por sus Parlamentos o mediante referéndum de sus pueblos. Los tratados establecen los derechos de los ciudadanos y ciudadanas europeos, los objetivos de la Unión Europea, las normas para sus instituciones, cómo se toman las decisiones y cómo se relaciona la Unión con sus Estados miembros. Han sido modificados con cada adhesión de nuevos Estados miembros y, además, también han sido modificados para reformar las instituciones y darles nuevas áreas de responsabilidad⁵³.

Tratados que fijan unos principios fundamentales en la Unión Europea. Entre ellos se encuentran la consecución de una paz duradera, la unidad, la igualdad, la libertad, la solidaridad, la seguridad y, cómo no y por encima de todo, la protección de los derechos y libertades fundamentales y, por ende, de la democracia, del Estado de Derecho y del respeto a la identidad nacional de sus Estados miembros. De este modo, el ordenamiento jurídico comunitario y la comunidad de Derecho que se fundamenta en él se han convertido en un importante instrumento de garantía y mantenimiento de la paz, que únicamente pueden sobrevivir si se garantiza su respeto y su protección. Los garantes de ese respeto y protección son la aplicabilidad directa del Derecho de la Unión Europea y la primacía de este sobre los Derechos nacionales.

Estos dos principios analizados al inicio de este trabajo, son defendidos decididamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, garantizando así la validez uniforme y prioritaria del Derecho de la Unión Europea en todos los Estados miembros. Por consiguiente, a esta protección y mantenimiento contribuye de manera decisiva la estructura del sistema judicial de la Unión Europea, formada por el Tribunal

de Justicia de la Unión Europea⁵⁴ junto con los jueces y tribunales de los distintos Estados miembros, cuya incorporación a esta estructura es consecuencia inmediata de los principios de articulación de relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y los Derechos internos. Constituyendo el resorte último de este sistema de protección la tutela cautelar de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos ante posibles violaciones del Derecho de la Unión Europea por los poderes públicos nacionales, por ejemplo mediante la suspensión de la eficacia del acto o de la norma, tutela que constituirá en muchas ocasiones la única posibilidad del particular de ver protegidos sus derechos e intereses legítimos, dado que su posterior reconocimiento podría resultar tan tardío para el ciudadano que ya no pueda ejercitarlo plena y eficazmente⁵⁵.

Consiguientemente, es obligado remarcar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es una institución que ha jugado y juega un papel decisivo en el desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario (y por ende de los ordenamientos jurídicos nacionales de los distintos Estados miembros), ordenamiento jurídico que es el auténtico fundamento de la Unión Europea y que confiere a ésta su carácter de comunidad de Derecho, dado que la contribución de este ordenamiento a la solución de los problemas políticos, económicos y sociales de los Estados miembros es de un valor incalculable, que se debe en buena parte a la actividad y a los principios instaurados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a lo largo de su ya dilatada práctica judicial en defensa, entre otros bienes protegidos, de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos de la Unión Europea.

Por ello y definitivamente, a pesar de todas las lagunas, la vaguedad y la ambigüedad que también caracterizan al Derecho de la Unión Europea, dado que como todos no es un ordenamiento jurídico perfecto, es innegable la extraordinaria contribución que este ordenamiento y, por ende, que el Acervo Comunitario han realizado tanto para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y habitantes de la Unión, como para la solución de los problemas políticos, económicos y sociales de los Estados miembros que la componen. Contribución a la que no se pudo sumar finalmente el fallido proyecto de Constitución Europea fundamentalmente, en mi opinión, por incorporar un alto y hegemónico contenido económico en detrimento claro del resto de principios y derechos fundamentales que soportan la Unión, principios y derechos que sí han sido sin embargo defendidos y puestos de manifiesto por el Tratado de Lisboa, último de los Tratados de la Unión Europea.

NOTAS

1 Este artículo es un extracto del trabajo y las conclusiones publicadas en el número 1 de la *Revista Actualidad Administrativa* de la Editorial Wolters Kluwer-La Ley, de enero de 2015, bajo el título “El constitucionalismo económico en la Unión Europea frente a la defensa de los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa”, que fue inicialmente presentado para su publicación en la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* en el segundo semestre del año 2014.

2 Basta como ejemplo interno la modificación del artículo 135 de la Constitución española de 1978 (BOE núm. 233, de 27 de septiembre de 2011). Qué decir de esta modificación que se tramitó en un tiempo record, entre el 28 de agosto y el 27 de septiembre de 2011, tras una Proposición conjunta del Partido Socialista Obrero Español, a la sazón en el Gobierno del Estado, y del Partido Popular, tramitándose por el procedimiento de urgencia y mediante la tramitación en lectura única, con un plazo de enmiendas de dos días tras el que se rechazaron la totalidad de las 29 presentadas, siendo verdaderamente de tal importancia su regulación que en puridad afecta y forma parte del bloque de constitucionalidad, sin haber “tocado” para ello ningún otro precepto de la propia Constitución y, por si fuera poco, con una previsión coyuntural y de transitoriedad para los límites establecidos en el artículo 135.2, cuya entrada en vigor se producirá a partir de 2020, que no ha sido incluida en la Constitución sino en una Disposición adicional única del texto de la reforma, publicado en el BOE núm. 233, de 27 de septiembre de 2011.

3 Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, *Costa contra Enel*.

4 El principio de efecto directo fue establecido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend and Loos*.

5 Sobre las relaciones entre las normas comunitarias y las nacionales véanse en especial los siguientes trabajos: AA.VV. (Dir. HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. y ZAMORA ZARAGOZA, F.J.) (2007): *La articulación entre el Derecho Comunitario y los Derechos Nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid; ALONSO GARCÍA, R. (1989); *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid y también, de este último

autor, (1999): *Derecho comunitario y derechos nacionales: autonomía, integración e interacción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

6 Esta figura permite a un órgano jurisdiccional nacional que está conociendo de un litigio que requiere la aplicación de una norma comunitaria, dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para solicitarle que interprete o determine la validez de la norma en cuestión. Constituye el mecanismo más importante del sistema de control jurisdiccional comunitario, de carácter descentralizado, que convierte a los jueces y tribunales nacionales en los garantes ordinarios del Derecho de la Unión Europea. Permite, asimismo, asegurar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el control de la legal aplicación de los actos y normas comunitarias mediante un examen de validez de dichos actos y normas. Esta figura es similar a la cuestión de inconstitucionalidad recogida en el artículo 163 de la Constitución española de 1978 para el caso del Derecho nacional.

7 Ejemplo de ello en España fue la necesidad de modificar la Constitución española de 1978 para no contradecir la entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993 del Tratado de Maastricht. Pues bien, para ello el 28 de agosto de 1992 se modificó el artículo 13.2 de la Constitución al objeto de permitir el sufragio pasivo de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea en las elecciones municipales.

8 En relación al Tribunal Constitucional y el Derecho de la Unión Europea véase BALAGUER CAJELLÓN, F. (2002): *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid.

9 Fue firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados, a saber, Francia, Alemania, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Reino Unido, Irlanda, Portugal y España, y en La Haya el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia, entrando en vigor el 1 de julio de 1987 tras un período de ratificación que presentó algunos problemas en Irlanda, donde se necesitó de un referéndum al igual que en Dinamarca.

10 Tratado de extraordinaria importancia en el desarrollo de la Unión Europea. Fue firmado el 7 de febrero de 1992 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. El Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea fue ratificado por España a través de La Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992 (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992, pág.

44246). Con este Tratado la Comunidad Económica Europea (CEE) pasa a denominarse simplemente Comunidad Europea (CE) o Unión Europea. Son doce los países firmantes, Francia, Alemania, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Reino Unido, Irlanda, Portugal y España, Dinamarca, Italia y Grecia, exactamente todos los que en aquel entonces formaban parte de la Comunidad.

11 Se trataba de Chipre, Malta, Estonia, Lituania, Letonia, República Checa, Hungría, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia, que se incorporaron a partir del 1 de mayo de 2004, en virtud del Tratado de Adhesión firmado en Atenas el 16 de abril de 2003. Posteriormente se incorporarían Bulgaria y Rumanía a partir del 1 de enero de 2007, en virtud del Tratado de Adhesión de 25 de abril de 2005. El último Estado en incorporarse recientemente a la Unión Europea ha sido Croacia, que lo hizo el 1 de julio de 2013 mediante el Tratado de Adhesión publicado en el DOUE L 112, de 24 de abril de 2012.

12 El Tratado de París por el que se creaba la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), que entró en vigor el 23 de julio de 1952, había perdido su vigencia al transcurrir los 50 años establecidos para la misma.

13 Teniendo en cuenta las consecuencias que tuvo esta declaración en la historia de Europa, en la Cumbre de Milán de junio de 1985 se decidió celebrar cada 9 de mayo como el “Día de Europa”. La misma en la que se eligió como himno europeo el último movimiento de la Novena Sinfonía de Ludwig van Beethoven, el denominado “Himno de la Alegría”.

14 Véase PUNZÓN MORALEDA, J. (2009): *Los orígenes de la política regional comunitaria*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.

15 Los países que respondieron a la “Declaración Schuman” y firmantes del Tratado fueron Bélgica, República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos.

16 Tratado que entró en vigor el 23 de julio de 1952 con una vigencia de 50 años. Transcurridos esos cincuenta años el Tratado ha cumplido su vigencia, por lo que en la actualidad no se encuentra en vigor. Si bien con anterioridad a su derogación fue objeto de sucesivas modificaciones. Este Tratado no ha sido objeto de publicación oficial pero puede ser consultado en alemán, francés, inglés y neerlandés en la Web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11951K/TXT:ES:NOT> [fecha última consulta: 16-septiembre-2014].

17 Véase la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE C 84, de 30 de marzo de 2010, pág. 1).

18 Véase FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L. (1994): «La noción de Constitución Europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 241.

19 No se debe confundir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los distintos tribunales que lo componen (Tribunal de Primera Instancia y Tribunal de la Función Pública) con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también conocido como Tribunal de Estrasburgo (que es donde tiene su sede), dado que éste es un tribunal que no tiene ningún vínculo ni relación con la Unión Europea. Se trata, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de un tribunal internacional independiente, máximo exponente en la defensa del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950 e inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1948.

20 Sentencia de 8 de junio de 2000, *Schlossstrasse*, C-396/98, Rec. p. I-4279.

21 Sentencia de 26 de abril de 2005, *Goed Wonen*, C-376/02, Rec. p. I-3445.

22 Véase COMISIÓN EUROPEA (1999): *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar: informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales*, Oficina de publicaciones de las Comunidades Europeas, Luxemburgo.

23 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de la Unión Europea, de 14 de mayo de 1998, asunto T-348/94.

24 STJUE de 12 de junio de 1997.

25 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 17 de febrero de 1998.

26 STJUE de 26 de junio de 1990, asunto C-152/88.

27 STJUE de 5 de mayo de 1998, asunto 157/96, relativa a la enfermedad conocida como “fiebre de las vacas locas”.

28 Para alcanzar el significado del concepto de autoridad inherente a los poderes públicos debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha interpretado la noción de empleo público como excepción a la libertad de circulación de trabajadores, prevista en el hoy Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, argumentando que se sustraen del ámbito de la libre circulación de trabajadores “*un conjunto de empleos que implican la participación, directa o indirecta, en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Tales empleos presuponen, por parte de sus titulares, efectivamente, la existencia de una relación (...) de solidaridad respecto del Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que contribuyen al fundamento del vínculo de la nacionalidad*” (sentencias de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, *Comisión contra Francia* y de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, *Comisión contra Bélgica*). Sin embargo, lo anterior tampoco nos lleva con exactitud a conocer cuáles son aquéllas actividades que suponen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos y, si bien, esta precisión exacta es prácticamente imposible de realizar, sí que podemos ceñirla lo más posible sin temor a errar acudiendo a la Comunicación de la Comisión C/88 (DOCE n° C 72, de 18 de marzo de 1988), donde se dispone que la excepción referida al empleo público de la libre circulación de trabajadores se refiere a las funciones específicas del Estado y de las colectividades que pueden ser asimiladas, como por ejemplo son las fuerzas armadas, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, la magistratura, la Administración fiscal y la diplomacia (en el mismo sentido se expresa el Abogado General MANCINI, en sus conclusiones previas a la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, *Comisión contra Francia*). Ahora bien, es necesario aclarar que este concepto de autoridad que se ha venido definiendo exige un plus, un añadido, sobre las funciones que corresponden al empleado público conforme se va descendiendo en los distintos Cuerpos o Escalas que corresponde a estos empleados públicos, de forma que realmente para llevar a cabo el ejercicio de esta autoridad inherente a los poderes públicos se deberán, en puridad, realizar funciones o trabajos que suponga el ejercicio de potestades públicas o funciones públicas de autoridad, es decir, ese añadido al que se hacía referencia se corresponde en realidad con ser depositario de una autoridad o potestad pública y no con el simple hecho de ser un empleado público perteneciente a alguna de las colectividades aludidas.

29 DOUE, serie L, núm. 94, de 28 de marzo de 2014.

30 MIGUEZ MACHO, L. (2008): «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español», *RAP*, núm. 175, págs. 177-182.

31 La normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas, con carácter general, siempre ha exigido para la prestación mediante gestión indirecta de los servicios públicos el doble requisito de tener un contenido económico (requisito que al ser suprimido como hemos visto ha supuesto un aumento de su ámbito de utilización) y que no supongan el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Así lo hacían el artículo 63 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (BOE núm. 97, de 23 de abril de 1965); el artículo 156.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1995) o el artículo 155.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2000).

32 Sobre el caso italiano se puede consultar el trabajo de MORENO MOLINA, J.A. (2000): «Las acciones de oro y el Derecho comunitario: la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000», *Justicia Administrativa*, núm. 9.

33 El Tratado de Lisboa o Tratado de Reforma ha establecido un nuevo reparto de tareas en las relaciones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, de forma que el Tratado precisa quién debe actuar –una u otros– en cada ámbito de actividad, introduciendo así una clasificación general de las competencias en tres categorías: exclusivas; en acciones de apoyo, coordinación o complemento; y compartidas, siempre de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que se definen en un Protocolo específico anexo al Tratado de Lisboa.

34 Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “gobernanza” significa arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía.

35 El antecedente de la UEM fue el sistema monetario europeo (SME) que tenía como moneda de referencia el “ecu”, la cual consistía en una “cesta” de todas las monedas de los Estados miembros. Fue en el Consejo Europeo de Madrid, celebrado en junio de 1989, donde los líderes de la Unión Europea adoptaron un plan para conseguir esta unión económica y monetaria, que posteriormente fue incorporado al Tratado

de Maastricht o Tratado de la Unión Europea. Dicho plan se articulaba en torno a tres etapas siendo la tercera y última etapa culminar con el nacimiento del euro.

36 No hay que vincular el Banco Central Europeo con el Banco Europeo de Inversiones ni con el Fondo Europeo de Inversiones. Aunque todos pertenecen a la Unión Europea los dos últimos no tienen ningún vínculo con el primero, que es el único de ellos que ha adquirido el carácter de Institución de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa o Tratado de Reforma.

37 La eurozona o zona euro es el conjunto de Estados miembros de la Unión Europea que han adoptado el Euro como moneda oficial.

38 El signo del euro es una E atravesada por dos líneas paralelas horizontales claramente marcadas. Está inspirado conjuntamente en la letra griega épsilon, como referencia a la cuna de la civilización europea y en la inicial de la palabra “Europa”. Las líneas paralelas representan su estabilidad.

39 Véase el análisis que de este texto constitucional hace SABINO CASSESE en la Conferencia que impartió en los Cursos de Postgrado en Derecho para Iberoamericanos de la Universidad de Castilla-La Mancha con ocasión de su investidura como Doctor *Honoris Causa* de dicha Universidad el día 21 de enero de 2002, en el que ponía de manifiesto el marcado carácter económico que el proyecto de constitución europea poseía.

40 Respecto de los derechos fundamentales y la dignidad humana véase apartado 3.2.2. de este trabajo.

41 Respecto de la unidad e igualdad véase apartado 3.2.1. de este trabajo.

42 Respecto de la libertad véase apartado 3.2.3. de este trabajo.

43 La libertad exige como contrapartida la solidaridad: el uso desmedido de la libertad va siempre en menoscabo de los demás. Se suele decir que los derechos de uno acaban donde empiezan los derechos de los demás. Por esta razón, un orden europeo, para ser duradero, deberá siempre reconocer como principio fundamental la solidaridad entre sus miembros, Estados y ciudadanos, y repartir de manera equitativa tanto los derechos como las obligaciones, o lo que es lo mismo tanto los beneficios como las cargas.

44 En España el Tratado de Roma o Tratado Constitucional fue aprobado mediante referéndum de fecha 20 de febrero de 2005, con una escasa participación del 44% de la población con derecho de sufragio activo, de la cual una mayoría del 77% de los votos emitidos fue favorable a la aprobación de la entonces llamada Constitución Europea.

45 Es preciso hacer una muy breve referencia en primer lugar al Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) firmado en Bruselas el 2 de febrero de 2012, entre Bélgica, Alemania, Estonia, Irlanda, Grecia, España, Francia, Italia, Chipre, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia y Finlandia. Así como al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), que fue firmado por todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto por la República Checa y el Reino Unido, en marzo de 2012 y que está concebido para fomentar la disciplina presupuestaria, reforzar la coordinación de las políticas económicas y mejorar la gobernanza de la zona del euro; este tratado es a menudo denominado “pacto fiscal”. Ambos no son tratados de la Unión Europea sino que en realidad se trata de tratados intergubernamentales.

46 Todos los principios fundamentales antes enumerados (los Derechos Fundamentales, la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la solidaridad) dependen, en definitiva, de la seguridad, que se convierte en una necesidad elemental que la Unión Europea debe satisfacer para proporcionar a los ciudadanos y a las empresas de la Unión Europea la posibilidad de mirar con seguridad al futuro y conferir estabilidad a las circunstancias de su entorno. Estamos hablando por ejemplo de la seguridad en el empleo de los trabajadores, a la seguridad social de todos los ciudadanos, a la seguridad que pueden tener los empresarios cuando toman sus decisiones. En conclusión, estamos refiriéndonos a la seguridad jurídica que todos aquellos que forman la Unión Europea y los que se relacionan con ella deben tener respecto, por ejemplo, de la estabilidad de la política económica y monetaria y, en definitiva, de la prosperidad de la Unión Europea y sus pueblos. No hablamos de otra cosa que de la aplicación del principio de confianza legítima en las relaciones con la Unión Europea, de forma que ésta no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones que ha tomado.

47 Sobre la Carta de los Derechos Fundamentales véase AA.VV. (2006): *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: explicaciones, concordancias y jurisprudencia*, Civitas, Navarra.

48 El procedimiento de codecisión es el más común de todos y por ello es denominado como procedimiento legislativo ordinario. En virtud del mismo el Parlamento y el Consejo se sitúan en pie de igualdad a la hora de aprobar las “leyes”. Conforme a este procedimiento, la iniciativa legislativa propuesta por la Comisión debe ser adoptada tanto por el Parlamento como por el Consejo convirtiéndose así en un acto legislativo conjunto de ambas instituciones. En síntesis, podríamos concluir que el procedimiento de codecisión comienza con una iniciativa normativa de la Comisión que se presenta al Consejo y al Parlamento Europeo. Sendas instituciones europeas debaten la propuesta en primera lectura. Si después no se llega a un acuerdo en segunda lectura, la propuesta llega a un Comité de Conciliación para buscar una solución en un plazo de seis semanas. Si no hay acuerdo del Comité concluye el procedimiento sin la adopción del acto; si hay acuerdo, el mismo se somete en tercera lectura al Parlamento y al Consejo para su aprobación en un nuevo plazo de seis semanas, en cuyo caso el acto es finalmente adoptado de manera conjunta como texto normativo. Este procedimiento es utilizado por ejemplo en materia de legislación sobre seguridad social, protección social o impuestos indirectos.

49 Muy resumidamente podríamos sintetizar el ciclo presupuestario de la Unión Europea en los siguientes pasos: La Comisión elabora el anteproyecto, posteriormente el Consejo de la Unión Europea establece el proyecto que es aprobado conjuntamente con el Parlamento Europeo y, a continuación, la Comisión bajo su propia responsabilidad y dentro del límite de los créditos autorizados ejecuta el presupuesto. Esta ejecución posteriormente se someterá al control del Tribunal de Cuentas Europeo, del Consejo de la Unión Europea y, por último, del Parlamento Europeo que será, en su caso, el encargado de aprobar la gestión de la Comisión en la ejecución del presupuesto.

En definitiva, el presupuesto anual de la Unión es decidido conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, de forma que éstos fijan todos los gastos de manera conjunta. El presupuesto no entra en vigor hasta que lo firma el presidente del Parlamento Europeo, lo que supone la aprobación definitiva por éste del presupuesto. Además controla su ejecución mediante su Comisión de Control Presupuestario, que entre otras funciones examina el informe general anual que elabora la Comisión Europea para decidir si aprueba o no la gestión que de la ejecución del presupuesto del ejercicio anterior ha realizado la Comisión.

50 Véase nota al pie número 46.

51 Véase nota al pie número 32.

52 Se encuentra regulada en el Reglamento (UE) nº 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre la iniciativa ciudadana [<http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public-legislative-framework> (fecha última consulta: 20-octubre-2014)].

53 El conjunto de Tratados de la Unión Europea o Derecho originario de la Unión Europea está formado por: 1. los tratados originarios de las Comunidades Europeas [Tratado de París, por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) –firmado el 18 de abril de 1951, entró en vigor el 23 de julio de 1952 habiendo perdido ya su vigencia- y los Tratados de Roma, por los que se constituyeron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM) –firmados el 25 de marzo de 1957 entraron en vigor el 1 de enero de 1958-]; 2. las sucesivas modificaciones que los mismos han tenido [Tratado de Bruselas -firmado el 8 de abril de 1965, entró en vigor el 1 de julio de 1967-; Tratado del Acta Única Europea -firmado en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados y en La Haya el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia, entró en vigor el 1 de julio de 1987-; Tratado de Maastricht o de la Unión Europea -firmado el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993-; Tratado de Ámsterdam -firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999-; Tratado de Niza -firmado el 26 de febrero de 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003- y Tratado de Lisboa -firmado el 13 de diciembre de 2007, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009-] y 3. los distintos tratados de adhesión de los Estados miembros [Bélgica, República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos fueron, como se ha indicado (ver nota al pie número 14), los seis países fundadores firmantes del Tratado de París el 18 de abril de 1951; Reino Unido, Irlanda y Dinamarca se incorporaron a partir del 1 de enero de 1973 (Tratado de Adhesión firmado en Bruselas el 22 de enero de 1972); Grecia se incorporó a partir del 1 de enero de 1981 (Tratado de Adhesión firmado en Atenas el 28 de mayo de 1979); España y Portugal se incorporaron a partir del 1 de enero de 1986, tras la firma de los Tratados de Adhesión en Madrid y Lisboa, respectivamente, el 12 de junio de 1985; Austria, Finlandia y Suecia se incorporaron a partir del 1 de enero de 1995 (Tratado de Adhesión firmado en Corfo el 24 de junio de 1994); Chipre, Malta, Estonia, Lituania, Letonia, República Checa, Hungría, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia se incorporaron a partir del 1 de mayo de 2004 (en virtud del Tratado de Atenas de 16 de abril de 2003); y Bulgaria y Rumanía se incorporaron a partir del 1 de enero de 2007 (en virtud del Tratado de

adhesión de 25 de abril de 2005); Croacia se ha sido la última en incorporarse a partir del 1 de julio de 2013 mediante el Tratado de Adhesión publicado en el DOUE L 112, de 24 de abril de 2012].

54 Entendiendo por ello los tres tribunales que lo componen: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública.

55 La aplicación de las medidas cautelares fue establecida por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia *Factortame* (Sentencia de 19 de junio de 1990, asunto C-213/89, Rec. p. I-2466), en la que el Tribunal decidió no aplicar una Ley inglesa contraria al Derecho de la Unión Europea.

RÉGIMEN FISCAL DE LAS ENTIDADES EN ATRIBUCIÓN DE RENTAS

Luis María Romero Flor

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

SUMARIO:

I.- ÁMBITO SUBJETIVO: ENTIDADES SOMETIDAS AL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE RENTAS: 1.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL, CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS ADICIONALES. 2.- ENTIDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO. 3.- CARACTERÍSTICAS DE ALGUNAS ENTIDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO: 3.1.- PARTNERSHIP. 3.2.- ENTIDADES EXTRANJERAS CON PRESENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL. 3.3.- ENTIDADES EXTRANJERAS SIN PRESENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL. 3.4.- TRUST. **II.- CONSTITUCIÓN DE UNA ENTIDAD EN RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE RENTAS:** 1. REGLAS DE ATRIBUCIÓN: 1.1. CALIFICACIÓN DE LA RENTA OBTENIDA POR LA ENTIDAD Y DE LA RENTA ATRIBUIDA A LOS MIEMBROS DE LA ENTIDAD. 1.2. CÁLCULO DE LA RENTA ATRIBUIBLE A LOS SOCIOS. 1.3. CONTRIBUYENTES A LOS QUE SE DEBE ATRIBUIR LA RENTA. 1.4. IMPUTACIÓN TEMPORAL. 2. RÉGIMEN DE RETENCIONES Y PAGOS A CUENTA. 3. OBLIGACIONES FORMALES

ABSTRACT:

Las entidades en régimen de atribución de rentas se configuran como aquellos entes a los que el ordenamiento jurídico tributario no les otorga personalidad fiscal en el ámbito de la imposición directa, por lo que no son ni contribuyentes ni sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades ni del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. En consecuencia, las rentas obtenidas

por tales entidades deberán atribuirse a sus miembros, de igual manera que si hubieran sido obtenidas directamente por estos últimos.

I.- ÁMBITO SUBJETIVO: ENTIDADES SOMETIDAS AL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE RENTAS

1.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL, CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS ADICIONALES

Para intentar buscar una definición sobre qué ha de entenderse por “*entidades en régimen de atribución de rentas*” previamente hay que hacer una lectura conjunta de los artículos 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en lo sucesivo LGT); artículos 8.3 , 86 y 87 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante LIRPF), y de los artículo 6 y 7 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en lo sucesivo LIS), en virtud de los cuales se podría decir que son aquellas sociedades civiles¹, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición.

Por tanto, de acuerdo con lo anterior, podría pensarse que para identificar a una entidad en régimen de atribución de rentas bastaría con que la misma carezca de personalidad jurídica; pero esta delimitación sería errónea.

En efecto, en el artículo 7 LIS existe un conjunto de entidades que, careciendo de personalidad jurídica, sí están dotadas de personalidad fiscal, configurándose como sujetos pasivos de dicho impuesto, y por tanto, no tributan en régimen de atribución de rentas ni tienen tal consideración. Nos estamos refiriendo a los fondos de inversión mobiliaria e inmobiliaria², las uniones temporales de empresa³, los fondos de capital-riesgo⁴, los fondos de pensiones⁵, los fondos de regulación del mercado hipotecario⁶, los fondos de titulación⁷, los fondos de garantía de inversiones⁸ y las comunidades titulares de montes vecinales en mano común⁹. Por otro lado, las sociedades agrarias de transformación¹⁰, pese a ser sociedades civiles, tampoco son entidades en atribución, sino que son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

Por tanto, para determinar la aplicación subjetiva del régimen de atribución de rentas no es aconsejable acudir al criterio de personalidad jurídica, pues el mismo presenta múltiples excepciones, como hemos visto anteriormente; por lo que parece necesario analizar si la entidad está dentro del ámbito de sujeción pasiva del Impuesto sobre Sociedades, es decir, que el dato o característica definitorio parece residir en la existencia o no de una personalidad fiscal de la entidad, a efectos de su sujeción al Impuesto sobre Sociedades, por lo que cualquier otra entidad sin personalidad jurídica no recogida en la enumeración legal quedaría sujeta al régimen de atribución de rentas.

Una entidad en atribución de rentas aparece delimitada en torno a las siguientes características: En primer lugar, se trata de patrimonios separados que pertenecen a una pluralidad de personas físicas o jurídicas. Además, con carácter general, carecen de personalidad jurídica, propia e independiente, diferente de la de los miembros; y, finalmente, no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, por tanto, estas entidades no están dentro de la estructura de sujeción pasiva del mencionado impuesto.

No obstante, para que resulte de aplicación el régimen de atribución de rentas, la Administración tributaria ha venido entendiendo que, en ocasiones, se necesitan algunos requisitos adicionales. Así, la Dirección General de Tributos entiende que debe distinguirse entre actividades reguladas y no reguladas.

Respecto de las actividades reguladas, se requiere que la normativa reguladora de la misma permita su ejercicio colectivo. Algunos ejemplos serían el ejercicio de la Abogacía, en donde el propio Estatuto General de la Abogacía permite el ejercicio colectivo¹¹, o las Oficinas de farmacia, en donde se exige que todos los miembros de la entidad estén en posesión de la titulación necesaria para el ejercicio de la misma y que la licencia esté a nombre de todos ellos¹².

Por el contrario, cuando no se trate de una actividad regulada, para que exista una entidad en régimen de atribución es preciso que, tratándose de actividades económicas, todos los miembros de la entidad realicen de forma personal, habitual y directa la ordenación de los factores de producción, ya que en caso contrario, las rentas procedentes de la actividad económica realizada a través de la entidad no se han de atribuir a los miembros que no participan en dicha ordenación de los factores de producción.

2.- ENTIDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

Igualmente, de la lectura de los preceptos anteriormente mencionados, descubrimos que están específicamente sometidas al régimen de atribución de rentas las entidades constituidas conforme a las leyes extranjeras, siempre que sean de idéntica o análoga naturaleza a las entidades españolas sometidas a este régimen; es decir, que constituyendo un patrimonio separado, no sean entidades sujetas a un impuesto general sobre la renta de las personas jurídicas en su estado o territorio de origen.

Por tanto, por éstas (por entidades constituidas en el extranjero) deberíamos entender todas aquellas entidades que, de algún modo, resultan fiscalmente transparentes a las rentas que perciben, para imputarlas o atribuirles a sus miembros (según sean o no, sujetos pasivos de los impuestos personales sobre la renta de las sociedades en sus respectivos países).

Con carácter previo a cualquier análisis del concepto de la ley española de entidades en régimen de rentas constituida en el extranjero, debemos analizar, aunque sea someramente, el concepto en la legislación fiscal internacional. A tal efecto, conviene tener presente que a nivel internacional este concepto y la tributación que se deriva de la consideración de una entidad como en atribución de rentas es quizás uno de los aspectos más conflictivos en la fiscalidad internacional actual.

Es cierto que suele traducirse el término “*partnership*” en los Convenios de Doble Imposición, como sociedad de personas. Y así lo hace el propio Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE) para referirse a unas determinadas agrupaciones de personas que, aun no siendo equivalentes a lo que en España se denomina entidad en régimen de atribución de rentas, sí cumplen con el rasgo definitorio de no ser sujetos impositivos y atribuir rentas a sus partícipes; pero aunque en principio puedan parecer términos idénticos tampoco son fiscalmente equivalentes¹³.

Por tanto, cuando el tratamiento fiscal de una misma entidad no coincida en dos Estados, entraremos de lleno en la problemática de la categorización de una entidad a efectos fiscales. Como regla general, los Estados incluyen entre los sujetos pasivos de sus impuestos sobre la renta a determinadas agrupaciones de personas atendiendo a su naturaleza mercantil, por lo que la delimitación de los tipos de entidades no ofrece grandes dificultades a nivel de la legislación interna, en donde

se procuran definiciones de entidades que entran dentro de uno u otro concepto¹⁴.

Los problemas de categorización surgen normalmente con las entidades extranjeras, en donde entidades ajenas al derecho interno deben encuadrarse en alguna de las categorías de la legislación interna.

La forma en que los Estados hacen esta operación de encajar a las entidades extranjeras en su norma interna varía sustancialmente. Normalmente esta operación lleva aparejado necesariamente un análisis de las características de las entidades bajo las normas extranjeras que regulan su funcionamiento, para darles el tratamiento de las entidades nacionales que más se parezcan. Sin duda, este análisis crece en complejidad a medida que las entidades extranjeras analizadas tienen más rasgos distintivos respecto de las entidades nacionales.

Desde el punto de vista estrictamente fiscal, es frecuente utilizar el término imputación de rentas para designar a aquellas entidades sometidas a algún sistema de transparencia de rentas (*"flow through"* en terminología inglesa), bien porque atribuyen rentas a sus partícipes sin ser ellas sujetos pasivos de ningún impuesto, de modo que las rentas fluyen por la entidad como si no existiera, siendo los partícipes los que deben de tener en cuenta los ingresos y gastos de la actividad desarrollada por la entidad en su declaración personal (es decir, la renta se calcula en sede de cada partícipe); bien porque imputan o transparentan rentas de modo que la renta se calcula en sede de la entidad y el resultado se imputa a los partícipes.

Esta última modalidad admite tanto que la entidad sea sujeto pasivo de un impuesto sobre la renta, teniendo luego el partícipe la posibilidad de deducirse de su impuesto personal la parte que le corresponda del impuesto satisfecho por la entidad; como no serlo y tributar exclusivamente la renta en sede del socio por imputación de rentas.

El análisis del concepto de entidad en régimen de atribución de rentas extranjeras de la legislación española, teniendo en cuenta la aproximación que otros Estados hacen al mismo problema, requiere saber si la definición española contiene la concreción suficiente para ser aplicada directamente sin necesidad de ningún análisis comparativo, o bien, si el concepto de entidad en régimen de atribución de rentas extranjera atiende a aspectos mercantiles, fiscales o a una combinación de ambos. Y en el caso de ser necesaria una comparación, cuáles son los criterios de comparación a emplear.

Dicho lo anterior, y en virtud de la legislación española, las entidades extranjeras se definen como aquellas entidades constituidas en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en régimen de atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas.

Como puede observarse, la normativa española utiliza la expresión “*constituidas*”¹⁵ para diferenciar las entidades en régimen de atribución de rentas españolas con las extranjeras. Ciertamente es que el término no es el más apropiado cuando nos referimos a entidades extranjeras, en la medida en que, estrictamente muchas de estas entidades no se constituyen sino que nacen de una situación de hecho que acarrea consecuencias, o, en cualquier caso, carecen de un acto formal de constitución.

Entendemos, sin embargo, que el legislador utiliza el término sin la intención de que se interprete literalmente, sino más bien, como cauce para poder enlazar con el aspecto que sí resulta relevante en la delimitación de estas entidades como es el de las leyes que regulan el funcionamiento de la entidad.

De este modo, el aspecto especialmente relevante es el de la norma a la que se ve sometida como entidad, y esta puede ser la norma española (en cuyo caso es una entidad española), o la extranjera (en cuyo caso es una entidad extranjera).

Otro aspecto destacable del concepto mencionado con anterioridad, sobre todo a la hora de determinar si nos encontramos ante una entidad en régimen de atribución de rentas extranjeras, es aquel que hace referencia a la naturaleza jurídica o análoga a las entidades españolas.

De la definición resulta que debe hacerse un análisis de la entidad teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la misma en comparación la naturaleza jurídica de las entidades españolas. Por tanto, y dado que en principio, la legislación parece remitirse a la naturaleza jurídica de la entidad, de tal forma que podría pensarse que toda entidad que se asemeje a las constituidas con arreglo a la normativa española tendría la calificación de entidad en atribución de rentas¹⁶.

Es aquí donde surgen las mayores dudas sobre el concepto de entidad en régimen de atribución de rentas extranjera, pues esta comparación se hace muy difícil en muchos casos y no resulta clara cuál es la comparación que pretende la norma española. Incluso, en principio, puede parecer chocante que la legislación española se remita a la legisla-

ción extranjera a la hora de delimitar el concepto de entidad en atribución de renta.

A este respecto, debe también recordarse que las características de las constituidas con arreglo a las leyes españolas es muy variada. Así, en primer lugar, el dato de la personalidad jurídica no es definitivo, en principio, para definir a la entidad extranjera como entidad en atribución de rentas. En cuanto a la responsabilidad de los miembros de la entidad, tampoco es una circunstancia definitiva, en principio, para definir a la entidad extranjera como entidad en atribución de rentas, porque mientras que en algunos casos los miembros responden de manera personal e ilimitada de las deudas sociales (como es el caso de la sociedad civil), en otros casos pueden limitar su responsabilidad al haber de la entidad (como por ejemplo la herencia yacente y la aceptación a beneficio de inventario). Respecto del orden en el que se sitúan frente a los acreedores de la entidad tampoco sería una circunstancia válida, en principio, para definir a la entidad extranjera como entidad en atribución de rentas, porque mientras que en ocasiones responden de manera directa (como sucede con las comunidades de bienes y las herencias yacentes), en otras son responsables subsidiarios. Y, finalmente, respecto de la posibilidad de exigir el haber social, tampoco nos ayuda, no sólo porque la autonomía de la voluntad es muy grande, sino porque se puede distinguir entre aquellos casos en los que el miembro tiene la posibilidad de exigir en cualquier momento la disolución de la entidad y el reparto de ganancias (como son las comunidades de bienes), de aquellos otros en los que se ha pactado la no división (tales como la sociedad civil o la comunidades de bienes con pacto de no división).

Podríamos seguir analizando el régimen jurídico de las entidades en atribución y la única conclusión a la que llegaríamos es que el mismo no es por sí solo el elemento definitorio para incluirlas o no en el régimen fiscal de atribución de rentas.

En consecuencia, creemos que el dato clave debe buscarse en su naturaleza jurídica a efectos fiscales; esto es, que el hecho relevante no depende de la personalidad jurídica que tenga, sino de su personalidad fiscal, de tal forma que el legislador califica como tales a las entidades, tengan o no personalidad jurídica, que no estén sujetas a un impuesto análogo al Impuesto sobre Sociedades en el Estado o territorio cuya normativa regule su funcionamiento. De esta forma se excluyen a todas las entidades que sean sujetos pasivos de un Impuesto sobre Sociedades extranjero, con independencia de su tributación efectiva en el mismo.

3.- CARACTERÍSTICAS DE ALGUNAS ENTIDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

3.1.- PARTNERSHIP

El término “*partnership*” es la denominación de una figura típica del derecho anglosajón que sirve para designar las agrupaciones de personas o sociedades personalistas, a través de las cuales dos o más personas alcanzan un acuerdo de voluntades para desarrollar una actividad económica, compartiendo el trabajo, los gastos y las pérdidas o ganancias generadas como resultado de la misma.

Esta agrupación de personas no tiene una correspondencia exacta con ninguna de las modalidades societarias reguladas en nuestro ordenamiento, pero guarda algunas semejanzas en su régimen con las Sociedades Colectivas (“*General partnerships*”), las Sociedades Comanditarias (“*Limited partnerships*”) y las Sociedades Comanditarias por acciones (“*partnerships limited by shares*”).

En cualquier caso, la falta de equivalencia en nuestro Derecho no supone un impedimento para que en un contexto internacional como el actual, marcado por la globalización de las actividades económicas y la creciente prestación transnacional de servicios, resulte cada vez más frecuente que las “*partnership*” constituidas en el extranjero operen en territorio español y obtengan, por tanto, rentas de diversa naturaleza dentro del mismo.

Esta circunstancia ha inducido a nuestro legislador a abrir de forma explícita una vía que posibilita la tributación de este tipo de entidades extranjeras hacia el llamado “*régimen de atribución de rentas*”, siempre que se cumpla el requisito de que su naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas; y se cumplirá ese requisito cuando carezcan de subjetividad a efectos fiscales en el Estado donde han sido constituidas, es decir, la existencia de un mecanismo de transparencia de rentas en dicho Estado que implique que las rentas no se entiendan percibidas por la entidad sino por sus socios o miembros.

La principal consecuencia que trae consigo el sometimiento a este régimen de atribución de rentas, es que las rentas correspondientes a estas entidades se imputan a efectos impositivos a sus socios, miembros o partícipes según las normas o pactos aplicables, o si éstos no constan a la Administración Tributaria, por partes iguales.

Tal atribución se ajustará en función de la condición de residentes o no residentes en España de los miembros, lo cual trae consigo un efecto automático, que es el no considerar sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades a la entidad, sino a la agrupación de contribuyentes por las rentas que les son asignadas en sus respectivos gravámenes sobre la renta, es decir, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades o el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes.

En los Convenios de Doble Imposición el término inglés “*partnership*” suele traducirse por sociedad de personas. En este sentido, el Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición Internacional en materia de impuestos sobre la Renta y el Patrimonio ofrece una serie de definiciones generales en su artículo 3.1, de las que nos interesa destacar las siguientes: el término “*persona*” comprende “*las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas*”; el término “*sociedad*” significa “*cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos*”; y el término “*nacional*”, en relación con un Estado contratante, designa a “*toda persona física que posea la nacionalidad o ciudadanía de este Estado contratante*”, así como a “*toda persona jurídica, sociedad de personas (partnership) o asociación constituida conforme a la legislación vigente de este Estado contratante*”. De este modo, los “*partnerships*” son encuadrados como agrupaciones de personas nacionales del Estado donde hayan sido legalmente creados.

Ahora bien, esa equivalencia con el concepto de sociedad de personas no resulta trasladable sin más a los esquemas de nuestro ordenamiento jurídico¹⁷.

Cuando un “*partnerships*” obtiene rentas en un Estado diferente de aquel donde ha sido creado se suscita el problema de la existencia de una doble imposición internacional. Para buscar un remedio a tal situación hay que partir de una premisa elemental: la aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición está restringida a aquellas personas que sean residentes de uno o ambos Estados contratantes¹⁸. Por tal motivo, en orden a dilucidar si una entidad de este tipo puede o no puede acogerse a un Convenio suscrito entre el Estado donde fue constituida y el Estado de la fuente, es preciso conocer antes si tiene o no la condición de residente en alguno de ellos.

A tal fin debe tenerse presente la noción de residente adoptada en el artículo 4.1 del Modelo de Convenio de la OCDE, al señalar que “*a los efectos de este Convenio, la expresión residente de un Estado contratante*

significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus divisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo”.

Sin embargo, no hay uniformidad en el Derecho comparado con respecto a la forma de articular la tributación de las rentas generadas por los “*partnerships*”, pudiéndonos encontrar con dos situaciones en orden a la aplicación de los Convenios.

La primera es que el “*partnership*” tenga la condición de persona residente en el Estado contratante donde ha sido construido, por hallarse sujeto en él a imposición. Como en este caso la entidad tiene transcendencia a efectos tributarios, siendo tratada como una persona independiente de sus miembros, podrá invocar los Convenios firmados entre el Estado de su residencia y el Estado o Estados donde se hayan generado las rentas.

La segunda es que el “*partnership*” no tenga la consideración de sujeto tributario en el Estado contratante donde fue creado, al no estar sujeto en él a un impuesto personal sobre la renta; entonces no podrá ser calificado como residente fiscal en dicho Estado, y por tanto, no le reconoce el derecho a la aplicación directa del correspondiente Convenio con el Estado de la fuente.

Lo anterior no es impedimento para que la cobertura de los Convenios pueda alcanzarse a los socios o miembros a los que se imputen las rentas, que tendrán la posibilidad de acogerse al Convenio existente entre el Estado donde tenga fijada su respectiva residencia (que puede coincidir o no con el Estado de creación de la sociedad de personas) y el Estado donde se haya producido las rentas.

3.2.- ENTIDADES EXTRANJERAS CON PRESENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL

Las entidades con presencia en España pueden ser definidas¹⁹ como aquellas entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero que realizan en España una actividad económica, siempre que toda o parte de la misma se desarrolle, de forma continuada y habitual, mediante instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole; o, alternativamente, la entidad constituida en el extranjero, actúa

en España a través de un agente autorizado para contratar en nombre y por cuenta de ella²⁰.

Cuando concurra la situación descrita, la propia entidad es configurada como sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes a título de contribuyente por la parte o porción de la base imponible, que resulte atribuible a los socios o miembros de la entidad no residentes en España; por ello, deberá presentar una autoliquidación anual conforme a las siguientes reglas: se toma como base imponible²¹ únicamente la parte de renta que corresponda a los miembros no residentes; el tipo de gravamen aplicable para la determinación de la cuota íntegra es del 25%; de la cuota íntegra cabe deducir las mismas deducciones y bonificaciones a que pueden acogerse los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que operan mediante establecimiento permanente, pero con la restricción de que esta minoración sólo procederá en la parte correspondiente a la renta atribuible a los miembros no residentes; además, se les impone la obligación formal de presentar una declaración informativa por la renta que resulte atribuible a los miembros residentes, y con respecto a los no residentes, es la propia entidad la que presenta una autoliquidación anual; y, finalmente, cuando los miembros sin residencia fiscal en territorio español se acojan a un Convenio de Doble Imposición, las cuotas abonadas por la entidad se considerarán satisfechas por estos socios o miembros en la proporción que les corresponda.

3.3.- ENTIDADES EXTRANJERAS SIN PRESENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL

Las entidades sin presencia en España son²² aquellas entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero que no realizan en España una actividad económica²³, obteniendo, por tanto, rentas en España distintas de las anteriores, por lo que en consecuencia, tales rentas de origen español pueden provenir tanto de actividades o explotaciones económicas realizadas sin base fija de negocios²⁴, o un agente autorizado, como de otras fuentes de diversa naturaleza²⁵.

En estos casos, cuando la entidad obtiene rentas en España sin establecimiento permanente, los miembros de la misma no residentes se consideran como contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes sin establecimiento permanente. En este caso, la parte de la renta obtenida en España que les sea atribuible se determina de acuerdo con la normativa del mencionado impuesto, canalizando por vía de retenciones e ingresos a cuenta del impuesto.

Por lo que se refiere a los miembros de la entidad que sean contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, deben incluir en su declaración la renta mundial obtenida por la entidad²⁶.

3.4.- TRUST

El “*trust*” es una institución jurídica de procedencia anglosajona que conduce a la desagregación de la propiedad de un conjunto de bienes en una titularidad legal o formal, y una titularidad real o material.

Este desdoblamiento tiene lugar cuando una persona pone un patrimonio bajo el control de otra, con el encargo de administrarlo y gestionarlo a favor de uno o varios beneficiarios de los derechos económicos del mismo; de modo que en la formación y posterior funcionamiento de esta masa patrimonial, que goza de autonomía aunque no tiene reconocida personalidad jurídica, concurre habitualmente la participación de tres sujetos diferenciados, los cuales pueden ser indistintamente personas físicas o jurídicas: el “*settlor*” (constituyente, fundador o aportante) que es el dueño inicial de los elementos patrimoniales transmitidos mediante un acto unilateral con el fin de conformar el “*trust*”; el “*trustee*” (fiduciario), que es la persona a la que se confía la administración y disposición de los bienes a título de propietario legal, de acuerdo con las instrucciones del constituyente o fundador, y a favor de los beneficiarios; y el o los “*beneficiaries*” (beneficiarios), que son los titulares de la propiedad material o derechos económicos, que serán personas con derecho a la percepción de los frutos o rendimientos que genere el patrimonio del “*trust*”, o a recibir los elementos que lo componen cuando se proceda a su disolución.

Desde una perspectiva funcional, la utilización del “*trust*” sirve en la práctica para la consecución de objetivos muy diferentes, que pueden ser agrupados en cinco grupos: el primero sería la ordenación del patrimonio personal de las personas físicas, bien para aislarlo de las responsabilidades que pueda generar el desarrollo de una actividad económica, bien para organizar y planificar la sucesión *mortis causa*, garantizando el sustento de algunos sujetos o la unidad de un patrimonio familiar frente al riesgo de su dispersión en futuras generaciones.

El segundo grupo serían los fines no lucrativos, configurándose el “*trust*” como un instrumento al servicio de obras de caridad o benéficas, actividades culturales, educativas o de interés general sin tener como beneficiarios a personas determinadas o identificables.

En tercer lugar, estarían los fines empresariales, permitiendo a grandes empresas y corporaciones multinacionales externalizar la gestión de activos adscritos a la cobertura de las pensiones futuras de los empleados (planes de pensiones) o de sistemas específicos de retribución del personal (acciones u opciones sobre ellas).

Además serviría de cauce para la realización de inversiones a través de un fondo específico, de manera similar a las instituciones de inversión colectiva. Y, finalmente, para fines públicos previstos en disposiciones legales para regular situaciones específicas como sucesión intestada, quiebra, menores o incapaces, enfermos mentales...

El “*trust*” está dotado de una flexibilidad que le permite revestir de diversas modalidades:

Sin duda, el criterio de clasificación más relevante a efectos fiscales es aquel que distingue entre “*trust*” irrevocable y revocable: en el irrevocable, el “*settlor*” o constituyente no retiene ninguna facultad sobre los bienes transmitidos ni interviene en su administración; por el contrario, en el revocable, el “*settlor*” o constituyente conserva algunas facultades, entre las cuales puede estar incluida la de revocar el “*trust*”.

Un elemento que puede marcar diferencias es el grado de autonomía conferido al fiduciario, en este sentido nos encontramos con un “*trust*” de participación, en donde los beneficiarios ostentan desde un primer momento un derecho a participar en los rendimientos producidos por la masa patrimonial; y un “*trust*” discrecional cuando el “*settlor*” o constituyente concede amplia autonomía al “*trustee*”, no sólo para fijar la cuantía y frecuencia de las distribuciones de rendimientos y bienes, sino también para individualizar a los beneficiarios.

Otra clasificación distingue entre “*trust*” expreso e implícito: el primero (el expreso) surge como consecuencia de un acto o negocio jurídico unilateral, *intervivos* o *mortis causa*, de transmisión de bienes al “*trustee*” para que los administre conforme a las instrucciones dadas por el constituyente. En cambio, el “*trust*” implícito deriva de una previsión legal en la que, con independencia de la voluntad de las partes, se considera que el dueño de un determinado bien es en realidad un fiduciario del beneficiario. Dentro de los Trust Implícitos se encuentran, por un lado, el “*resulting trust*”, donde se presume la voluntad de crear un “*trust*”, en lugar de realizar una donación o liberalidad, de la persona que transfiere a otros elementos patrimoniales; y por otro lado, el “*constructive trust*”, que no se traduce en una relación duradera entre fiduciario y be-

neficiario ya que conlleva para el primero una obligación de transmisión de la propiedad al segundo.

Aún cuando recuerda vagamente al fideicomiso, el “*trust*” no está reconocido como tal en el ordenamiento jurídico español. La inexistencia de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico complica la delimitación de su tratamiento tributario, pero esta circunstancia no impide que los creados de acuerdo con las leyes de otros Estados puedan tener relevancia desde la óptica de las normas tributarias en razón de la residencia fiscal de las personas participantes, de la realización de actividades generadoras de rentas, o de la ubicación de los elementos patrimoniales que la integren.

En este sentido, resulta evidente que un “*trust*” puede dar lugar a la generación de rentas o a la tenencia de bienes dentro del territorio español. Ante el silencio de nuestra legislación fiscal y la variada tipología con que puede presentarse este instrumento, habrá que tener en cuenta los siguientes criterios a la hora de aplicar la normativa fiscal de la manera más equitativa posible: el carácter revocable o irrevocable del “*trust*”; la ubicación de los bienes pertenecientes al “*trust*”; la residencia fiscal del fiduciario y los beneficiarios; la amplitud de las facultades otorgadas al fiduciario, la exigibilidad y periodicidad de las distribuciones; y las disposiciones de los Convenios de Doble Imposición que pudiera resultar de aplicación²⁷.

II.- CONSTITUCIÓN DE UNA ENTIDAD EN RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE RENTAS

Cuando se constituye una entidad en régimen de atribución de rentas, se producen alteraciones en la composición del patrimonio de los comuneros o socios de la entidad que pueden generar ganancias o pérdidas patrimoniales, las cuales son susceptibles de imposición.

Las ganancias o pérdidas patrimoniales reciben un tratamiento diferente en función de la entidad en régimen de atribución de rentas de que se trate. Así, tratándose de una herencia yacente, cada heredero o legatario recibe *mortis causa* elementos de contenido patrimonial que antes eran del causante. Es un negocio lucrativo, de alguien que recibe un derecho a cambio de nada. Este acrecentamiento patrimonial siempre

tributa en los causahabientes por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (si es una persona física) o por el Impuesto sobre Sociedades (si es una persona jurídica), por lo que su constitución no estará gravada en el IRPF.

Si, por el contrario, estamos frente a una comunidad de bienes, cada comunero cede una fracción de su derecho (de propiedad o de cualquier otro tipo con contenido patrimonial) a favor de los restantes comuneros. A cambio, recibe igualmente una fracción de los derechos que los restantes comuneros ceden al conjunto. Por tanto, quien antes era propietario exclusivo de un solo bien, pasa a ser condómino de varios bienes aportados por distintas personas. La ganancia o pérdida que en su caso se produzca tributará por el IRPF o el Impuesto sobre Sociedades, según la naturaleza del sujeto pasivo.

Si se trata de una sociedad civil sin personalidad jurídica, estamos, en todo, en el mismo supuesto que en el de las comunidades de bienes.

1. REGLAS DE ATRIBUCIÓN

1.1. CALIFICACIÓN DE LA RENTA OBTENIDA POR LA ENTIDAD Y DE LA RENTA ATRIBUIDA A LOS MIEMBROS DE LA ENTIDAD

La renta obtenida por la entidad²⁸ debe calificarse según las normas del IRPF. Esto implica que hay que acudir a las normas generales del IRPF, para determinar si la renta obtenida por la entidad es rendimiento del trabajo, del capital mobiliario, del capital inmobiliario, de actividades económicas, ganancias y pérdidas patrimoniales, etc. No obstante, si la entidad está formada exclusivamente por miembros que son sujetos pasivos del IS o del IRNR, con establecimiento permanente, se seguirán las normas del IS.

Por otra parte, la renta atribuida a cada miembro de la entidad²⁹ tiene la misma naturaleza que la actividad o fuente de la que proceden para cada uno de los miembros de la entidad.

Por tanto, en términos generales, coincidirá la calificación de la renta obtenida por la entidad, y la de la renta atribuida a los socios. Esto implica que si bien en principio la renta atribuida se ha de calificar de la misma forma que la renta obtenida por la entidad.

La propia norma prevé que dicha calificación depende de cada miembro de la entidad. No obstante, existe un supuesto muy frecuente en que esta coincidencia no se produce y es cuando una entidad en atribución desarrolla una actividad económica en la cual no todos sus miembros están implicados, es decir, algunos de los miembros no participan en la ordenación de los factores de producción. Se trata, por tanto, de un supuesto que afecta tanto a la calificación de la renta como a la determinación de la persona a la que debe atribuirse la misma.

Aunque se trata de un supuestos que analizaremos cuando hablemos de atribución en caso de actividades económicas, cabe avanzar en este momento que para la entidad que desarrolla la actividad, aunque no tribute por ella, la renta tiene la consideración de rendimiento de la actividad económica, y se atribuye en su totalidad a los miembros de la entidad, pero no a todo, sino sólo a aquellos que se impliquen en el desarrollo de esa actividad económica. Pero antes de hacer atribuciones a los miembros, la entidad debe calcular el rendimiento neto, y para calcularlo, en primer lugar, de su rendimiento íntegro debe descontar todos los gastos que sea menester, como cualquier otro empresario o profesional, pero debe tratarse de gastos propios y no de sus miembros (estos gastos de los miembros se los descuentan sólo miembros, siempre que proceda, naturalmente).

Por su parte, para los miembros (personas o entidades) que participan (de forma personal, habitual y directa) en el desarrollo de la actividad empresarial (gestión), no van a recibir ni rendimientos de trabajo, ni rendimientos de capital, sino que obtendrán rendimientos de actividades económicas por simple atribución desde la entidad sometida a este régimen. En simetría con esta circunstancia, las cantidades que la entidad abone a los miembros no son deducibles, ni en conceptos de salarios, ni en cualquier otro concepto.

Si estos miembros han incurrido en gastos propios (por ejemplo, los intereses de dinero prestado para comprar su parte en la entidad), se los descontarán de la renta atribuida por la entidad, pero en sus propias declaraciones y siempre que sean deducibles por naturaleza.

Sin embargo, para los miembros no ejercientes en la gestión de la actividad empresarial (que únicamente aportan capital), las rentas que perciban tienen la consideración de rendimientos de capital mobiliario por tratarse de rentas pasivas que se reciben sin participación alguna en la actividad de que, de manera mediata o lejana, proceden. Y cuando mencionamos los rendimientos del capital mobiliario, lo hacemos a

todos los efectos, es decir, los socios que perciban estas rentas pueden deducir de los rendimientos atribuidos sólo los gastos que, según la Ley, resulten deducibles de los rendimientos de capital, pero no pueden deducir los gastos, en general, como si se tratase de rendimientos de las actividades económicas.

1.2. CÁLCULO DE LA RENTA ATRIBUIBLE A LOS SOCIOS

Las normas de cálculo de la renta atribuible están claramente delimitadas a nivel legal³⁰, y están basadas en tres claros principios: en primer lugar, la renta se determina en sede de la entidad; en segundo lugar, la renta se determina para todos los miembros de la entidad con arreglo a las mismas normas: es decir, las normas del IRPF, sin perjuicio de las especialidades que posteriormente veremos; y, finalmente, se ha establecido una norma anti fraude para evitar el vaciamiento de las bases imponibles españolas.

Comenzando por las reglas generales³¹, primeramente, la renta se determina en sede de la entidad con arreglo a las normas del IRPF con independencia de que alguno de los miembros de la entidad sea contribuyente del IRPF, sujeto pasivo del IS o contribuyente del IRNR.

No resultan de aplicación las reducciones sobre el rendimiento neto previstas para las siguientes rentas (salvo que el miembro de la entidad en régimen de atribución de rentas sea contribuyente por el IRPF, en cuyo caso si se podrá aplicar la reducción): los rendimientos netos obtenidos por arrendamientos de bienes inmuebles destinados a vivienda³², y los rendimientos netos del capital inmobiliario, mobiliario o de actividades económicas con período de generación superior a dos años u obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo³³.

Con respecto a la segunda regla general, la parte de la renta atribuible a los socios, herederos, comuneros o partícipes, contribuyentes por el IRPF o el IS, que formen parte de una entidad en régimen de atribución de rentas constituida en el extranjero, se determina igualmente de acuerdo con las normas del IRPF. No obstante, entendemos que si todos los socios españoles son sujetos pasivos del IS o contribuyentes por el IRNR con establecimiento permanente en España, las normas aplicables para determinar la renta son las del IS. Todo ello en base a las siguientes precisiones: en primer lugar, en el caso de las entidades con presencia en España se aplican las normas del IRPF, tanto para calcular las rentas de fuente española como de fuente extranjera; y, dado que la LIRPF no indica nada, entendemos que para la aplicación de las reglas del IRPF basta con que el contribuyente por este impuesto sea miembro

de la entidad en régimen de atribución de rentas en cualquier momento a lo largo del año.

Por lo que respecta a las reglas especiales³⁴, la primera de ellas sería que el miembro de la entidad en atribución de rentas que sea contribuyente por el IRPF puede aplicar en su declaración las reducciones sobre el rendimiento neto previstas en la LIRPF (y vistas con anterioridad). Esta reducción se practica sobre la parte neta que proceda del alquiler de viviendas, o sobre la parte de la renta neta atribuida que tenga un período de generación superior a dos años o la consideración de notoriamente irregular.

La segunda regla especial sería cuando todos los miembros de la entidad en régimen de atribución de rentas sean sujetos pasivos del IS o contribuyentes del IRNR con establecimiento permanente, pues en estos casos, la renta neta a atribuir se determina con arreglo a las normas del IS. No obstante, debemos hacer las dos siguientes precisiones: la primera es que estas reglas especiales no influyen en la normativa aplicable a las retenciones e ingresos a cuenta soportados por la entidad en régimen de atribución de rentas, que, en todo caso, deben practicar con arreglo al IRPF; y la segunda es que, dado que la LIRPF no indica nada, entendemos que para la aplicación de las reglas del IRPF basta con que el contribuyente por este impuesto sea miembro de la entidad en régimen de atribución de rentas en cualquier momento a lo largo del año.

Con respecto a la tercera regla especial, cuando la entidad en régimen de atribución de rentas ceda a terceros capitales propios, por un lado, los miembros de la entidad que sean sujetos pasivos del IS o contribuyentes por el IRNR con establecimiento permanente deben integrar en su declaración los rendimientos que se hubieran devengado a favor de la entidad, aunque los mismos no sean exigibles a lo largo del período impositivo. Igualmente, cuando la entidad en régimen de atribución inverte en Institución de Inversión Colectiva, los miembros de la entidad que sean sujetos pasivos del IS o contribuyentes por el IRNR con establecimiento permanente, deben integrar en su declaración el importe de las rentas contabilizadas o que deban contabilizarse procedentes de dichas Instituciones de Inversión Colectiva

Y, finalmente, para el cálculo de la renta atribuible a los miembros de la entidad en régimen de atribución de rentas que sean contribuyentes por el IRNR sin establecimiento permanente resultan de aplicación las normas del IRNR. Esto se aplica a todas las rentas que no procedan

del ejercicio de actividades económicas a través de un establecimiento permanente.

Por lo que respecta a la regla anti-fraude³⁵, con el fin de evitar que a través de estas medidas se atribuya a sus miembros rentas negativas de fuente extranjera con la finalidad de vaciar sus bases imponibles de fuente interna, se ha introducido una imputación temporal que opera del siguiente modo:

Las rentas negativas, calculadas con arreglo al IRPF, obtenidas por la entidad en atribución de rentas en un país o territorio con el que España no tenga suscrito un Convenio Internacional para evitar la doble Imposición, con cláusula de intercambio de información, se computan en la medida que no excedan el importe de las rentas positivas obtenidas en el mismo país o territorio y cuando procedan de la misma fuente.

Por su parte, el exceso de rentas negativas no computado, se tiene en cuenta en los cuatro años siguientes, en la medida que la entidad obtenga rentas positivas en el mismo país o territorio y cuando procedan de la misma fuente.

El plazo de cuatro años debe contarse en función del tipo de renta. Así, para los rendimientos del capital inmobiliario será desde la finalización de cada año en el que se ha obtenido el mismo; para los rendimientos del capital mobiliario se cuenta desde que el mismo sea exigible, o desde su devengo en el caso de sujetos pasivos IS o contribuyentes por el IRNR con establecimiento permanente. Para las pérdidas patrimoniales, desde que tiene lugar la alteración en la composición del patrimonio. Para las participaciones en Institución de Inversión Colectiva, desde que se contabiliza la pérdida en el caso de sujetos pasivos del IS o contribuyentes por el IRNR con establecimiento permanente. Y, para los rendimientos de actividades económicas, desde la finalización del año, o en su caso, desde que se cesó en el ejercicio de la actividad.

Para finalizar, de acuerdo con las reglas de cuantificación de la renta atribuible antes señaladas, podemos distinguir las cuatro siguientes reglas de cálculo aplicables en función de los miembros de la entidad.

La primera serían las reglas de cálculo de la renta atribuible a todos los miembros de la entidad en régimen de atribución de rentas constituida en España, cuando al menos uno de ellos es una persona física contribuyente por el IRPF.

Así, cuando se trata de rendimientos del capital inmobiliario, la renta se calculará de acuerdo con lo previsto en los artículos 22 a 24 LIRPF, aunque sólo los contribuyentes del IRPF podrán practicar la reducción del 60% sobre los rendimientos derivados del alquiler de inmuebles destinados a vivienda, y la reducción del 30% (Reducción que no podrá superar el importe de 300.000 € anuales) prevista para los rendimientos netos con un período de generación superior a dos años, u obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo.

Con respecto a los rendimientos de capital mobiliario, la renta se determina conforme a lo previsto en los artículos 25 y 26 LIRPF, con las siguientes excepciones:

- Únicamente los contribuyentes del IRPF podrán practicar la reducción del 40% prevista para los rendimientos netos con período de generación superior a dos años, u obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo.

- Además, cuando la entidad ceda a terceros capitales propios, los miembros de la entidad que sean sujetos pasivos del IS o contribuyentes del IRNR con establecimiento permanente, deben seguir el criterio de devengo, en virtud del cual, deberán integrar en la base imponible de su declaración los rendimientos (intereses) devengados a favor de la entidad, con independencia de que los mismos no sean exigibles a la conclusión del período impositivo de la entidad.

- También indicar que el contribuyente por el IS puede aplicar en su declaración los mecanismos de corrección de la Doble Imposición de dividendos, y las personas físicas sólo pueden practicar la deducción por doble imposición internacional prevista en la Ley reguladora de su impuesto personal.

- Y, en cuanto a la exención de los 1.500 € prevista en el art. 7 LIRPF, ésta puede ser utilizada únicamente por las personas físicas.

Cuando se trata de rendimientos de actividades económicas, la renta se determina por el método de estimación directa, conforme a lo previsto en los arts. 27 a 32 LIRPF, pero no resultan de aplicación para el cálculo de la renta neta ni el método de estimación objetiva de bases tributarias (salvo que todos los miembros sean contribuyentes por el IRPF), ni la reducción del 40% prevista para los rendimientos netos con un período de generación superior a dos años o notoriamente irregulares

en el tiempo (salvo los contribuyentes del IRPF que si se puede aplicar la citada reducción).

Con son ganancias y pérdidas patrimoniales, las rentas se calcula siguiendo las normas previstas en los arts. 33 a 39 LIRPF, aunque hay una especialidad: las normas de diferimiento de la tributación relativas al traspaso de acciones o participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva (sociedades y fondos de inversión) sólo se aplican a los contribuyentes del IRPF, pero no al resto de los miembros (contribuyentes del IS o sujetos pasivos del IRNR sin establecimiento permanente) que deberán tributar sin diferimiento, integrando en su base imponible la cantidad que contabilizaron o debieron contabilizar procedentes de dichas Instituciones de Inversión Colectiva. Y, con respecto a la imputación de rentas inmobiliarias, la renta se calculará según el art. 85 LIRPF sin especialidad alguna.

Para finalizar con esta primera regla, es preciso hacer mención a las normas de imputación temporal, en donde todas las rentas anteriores se imputarán temporalmente, también sin especialidades en relación con la normativa del IRPF³⁶.

En segundo lugar, estarían las reglas para el cálculo de las rentas atribuibles a los miembros residentes en España, obtenidas por entidades en atribución constituidas en el extranjero, en donde, si alguno de los miembros es una persona física contribuyente por el IRPF la renta se determina de acuerdo con lo anteriormente expresado. Por el contrario, si todos los miembros de la entidad son sujetos pasivos del IS la renta atribuible se determina de acuerdo con el IS.

En tercer lugar, nos encontramos con las reglas para el cálculo de la renta atribuible a todos los miembros de la entidad, cuando todos son sujetos pasivos del IS o contribuyentes por el IRNR con establecimiento permanente. En este caso, las reglas de cálculo son las del IS.

Y, en cuarto y último lugar, las reglas para el cálculo de la renta atribuible a los miembros de la entidad, cuando todos son contribuyentes por el IRNR sin establecimiento permanente. En este caso, las reglas de cálculo son las del IRNR.

Los Repartos de las ganancias o beneficios obtenidos por la entidad entre sus miembros no tiene la consideración de renta a efectos del IRPF ya que los mismos han tributado previamente vía atribución de rentas.

En cuanto a los gastos propios de los miembros de la entidad, señalar que para el cálculo de la renta atribuible a los miembros de la entidad en atribución de rentas, no se tiene en cuenta los gastos propios soportados por los miembros de la entidad. No obstante, la Administración tributaria viene admitiendo la posterior deducción de los mismos en sede del socio, deducción que debe efectuarse del importe de la renta atribuida por la entidad. Esto implica que si uno de los miembros de la entidad incurre en gastos como consecuencia de su participación en la misma, puede deducirlos de la renta neta atribuible, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la LIRPF para cada tipo de renta.

Por último, respecto a las Remuneraciones de los miembros de la entidad, indicar que, con carácter general las cantidades percibidas por los comuneros que realizan la gestión de la actividad empresarial no son un rendimiento de trabajo, ni un gasto deducible, sino que constituyen un adelanto de su participación en beneficios, según las normas y pactos de la comunidad

1.3. CONTRIBUYENTES A LOS QUE SE DEBE ATRIBUIR LA RENTA

Con carácter general, la atribución de la renta obtenida por la entidad a los socios, herederos o comuneros se efectúa según las normas o pactos aplicables en cada caso. Si dichos pactos no constan a la Administración de forma fehaciente, se les atribuye por partes iguales.

En el caso del IRPF son los contribuyentes por este impuesto quienes deben imputarse las rentas de las entidades en atribución, ya procedan de fuente interna o externa

1.4. IMPUTACIÓN TEMPORAL

En principio no debe distinguirse entre el período impositivo en el que se atribuye cada renta obtenida por la entidad, y las propias normas de imputación temporal de cada renta (rendimientos de capital, de actividades económicas, ganancias y pérdidas patrimoniales, imputaciones de renta inmobiliaria, etc). Es decir en el IRPF, como en el IS y en la modalidad para contribuyentes con establecimiento permanente del IRNR, el tributo no se devenga según se va obteniendo la renta, sino que ésta, como objeto imponible, se acumula a lo largo del período impositivo, para devengarse, final e instantáneamente, al término de ese lapso temporal determinado en abstracto por la Ley, atribuyéndose posteriormente a cada miembro.

No debe olvidarse que lo que se atribuye son rentas netas, lo que obliga a calcular la renta neta en sede de la entidad³⁷, y una vez calculada la misma se atribuye al socio, heredero, comunero o participe en el momento en el que se devengó la renta neta.

Por tanto, en los impuestos generales, sabiendo en qué período impositivo se entiende obtenida la renta, se conoce también el momento de su efectivo devengo. Así, el período impositivo al que debe atribuirse la renta obtenida por la entidad depende de cada tipo de renta, y se atribuirá de acuerdo con lo siguiente: para los rendimientos de actividades económicas, la renta se imputa de acuerdo con las normas de imputación temporal aplicables a este tipo de renta, pero la renta se atribuye en la fecha de devengo del IRPF (el 31 de diciembre), al ser el momento en el que se calcula el rendimiento neto. Lógicamente, si la actividad cesa antes del 31 de diciembre, es en ese momento cuando se calcula el rendimiento neto y cuando se atribuye a los miembros.

Con respecto a los rendimientos de capital inmobiliario, igual que en el caso anterior de los rendimientos de actividades económicas, es decir, al final del año; mientras que con los rendimientos del capital mobiliario, se atribuyen en el período impositivo en el que sean exigibles por la entidad en atribución, con independencia del momento de su efectivo cobro. Las ganancias y pérdidas patrimoniales se atribuyen en el período impositivo en que tenga lugar la alteración en la composición del patrimonio. La imputación de rentas inmobiliarias se atribuyen en el período impositivo en el que se obtenga la renta imputada; y las retenciones y pagos a cuenta: se atribuyen en el mismo período impositivo al que corresponda las rentas.

Como hemos visto, las entidades en régimen de atribución de rentas constituyen un centro de cálculo de rentas para atribuirles a los miembros de la entidad, por lo que en sede de la entidad se calcula la renta neta obtenida, y se atribuye a los miembros de la misma.

Ahora bien, puede ocurrir que se produzcan cambios en la composición de la entidad en régimen de atribución de rentas a lo largo del período impositivo, bien porque se incorporen nuevos miembros, bien porque desaparezcan algunos. Así podemos distinguir, en primer lugar, la salida de los socios, herederos, comuneros o partícipes de la entidad en atribución. Estos miembros deben atribuirse e incluir en su declaración del IRPF, IS o IRNR, la parte de la renta neta devengada hasta la fecha de la baja en la entidad, así como los pagos a cuenta soportados o efectuados hasta dicha fecha³⁸.

En segundo lugar, respecto a la incorporación de nuevos socios, herederos, comuneros o partícipes, estos miembros de la entidad en atribución deben atribuirse las rentas netas que se hubieran devengado desde la fecha de su incorporación a la entidad hasta el 31 de diciembre de cada año natural³⁹.

2. RÉGIMEN DE RETENCIONES Y PAGOS A CUENTA

A pesar de carecer de personalidad jurídica, las entidades en régimen de atribución de rentas están consideradas como obligados tributarios respecto del cumplimiento de ciertas obligaciones y deberes, y, por tanto, en materia de retenciones, ingreso a cuenta y pagos fraccionados.

Empezando por las Retenciones e ingreso a cuenta, debemos distinguir entre los realizados sobre rentas satisfechas por las entidades en atribución y los soportados por la entidad. Conforme a los primeros, es decir, las retenciones e ingresos a cuenta sobre rentas satisfechas por las entidades en atribución⁴⁰, las entidades en atribución de rentas (incluidas las comunidades de propietarios) que satisfagan o abonen rentas sujetas al IRPF, al IS o al IRNR están obligadas a practicar la retención e ingreso a cuenta, en concepto de pago a cuenta correspondiente al preceptor. Esta obligación de practicar retenciones es independiente de que actúen o no como empresarios o profesionales.

Por otra parte, en el pago de las rentas a los miembros no están obligados a retener ya que se trata del pago de una renta que ya tributó vía atribución; y es que los miembros tributan cuando se les atribuye la renta, y no cuando ésta se reparte o distribuye, pues de lo contrario, la misma renta soportaría dos veces el pago a cuenta: cuando se atribuye y cuando se distribuye. Sin embargo, esta excepción tiene, a su vez, otra excepción: existe obligación de retener o ingresar a cuenta cuando los miembros gestores de la entidad pagadora que realice actividades económicas abonen rentas a los miembros que no participen en su gestión (sólo aportan capital), pues lo que reciben éstos son rendimientos de capital mobiliario, y no de actividades económicas.

En cuanto a las retenciones e ingresos a cuenta soportados por la entidad, las cantidades percibidas por las entidades en régimen de atribución de rentas están sujetas a retención con arreglo a las reglas del

IRPF, con independencia de que todos o algunos de los miembros de la entidad en atribución sean contribuyentes por el IRPF, sujetos pasivos del IS o contribuyentes del IRNR.

No obstante, existen algunas especialidades en el caso de que alguno de los miembros de la entidad en atribución sea contribuyente por el IRNR o cuando se trate de entidades en atribución constituidas en el extranjero sin presencia en España. Así, en el supuesto de ser una entidad en atribución de rentas constituida en España que no realice actividades económicas y con miembros no residentes sin establecimiento permanente en España, la entidad debe efectuar un ingreso a cuenta por la diferencia entre la retención soportada con arreglo al IRPF correspondiente a la renta atribuible a los miembros no residentes, y la que hubiera resultado procedente soportar por los mismos de acuerdo con la LIRNR. Además, en el caso de transmisiones de bienes inmuebles situados en territorio español, si existen miembros no residentes, el adquirente debe practicar sobre la contraprestación acordada, la retención del 3%⁴¹. Dicha retención se practica sobre la parte de la contraprestación que corresponde al no residente.

En el caso de entidades en atribución de rentas constituidas en el extranjero, la LIRNR distingue dos supuestos, en función de que la entidad tenga o no presencia en España. En el primer supuesto, es decir, en el que la entidad en régimen de atribución de rentas tiene presencia en territorio español, la Ley se refiere a cualquier entidad en régimen de atribución de rentas constituida en el extranjero que realice una actividad económica en territorio español, y toda o parte de ésta se desarrolle, de forma continuada o habitual, mediante instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole; o bien, que actúen en el territorio español a través de un agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta de la entidad. En este caso, el régimen de retenciones y pagos a cuenta es el previsto en el IRPF.

Por el contrario, si la entidad en régimen de atribución de rentas no tiene presencia en España, no se seguirá el régimen general previsto en el IRPF, sino que las retenciones e ingresos a cuenta se practican en función de cómo se acredite al pagador la identidad, la residencia fiscal y la parte de renta que corresponde a los miembros de la entidad. Así, si se acredita al pagador la residencia de todos los miembros de la entidad y la parte de renta que les corresponde, se aplicará a cada miembro la retención que corresponda a tenor de dichas circunstancias, de acuerdo con su impuesto personal respectivo (IRPF, IS o IRNR). Si, por el contrario, el pagador no entiende acreditadas las circunstancias descritas en

el párrafo anterior, ha de practicar la retención o ingreso a cuenta con arreglo a las normas del IRNR, sin considerar el lugar de residencia de sus miembros, ni las exenciones del art. 14 LIRNR, siendo el tipo de retención el que corresponda con el art. 25.1 LIRNR.

Por su parte, cuando el pago fraccionado correspondiente a las entidades en régimen de atribución de rentas que ejerzan actividades económicas no deben ser efectuados por las entidades, sino por cada uno de los socios, herederos, comuneros o partícipes a los que proceda atribuir rentas de esta naturaleza, en proporción a su participación en el beneficio de la entidad. Entendemos que cada miembro de la entidad debe efectuar el pago fraccionado con arreglo a su propio impuesto general (IRPF, IS o IRNR).

3. OBLIGACIONES FORMALES

Las entidades sometidas a este régimen de tributación, y que por tanto desarrollen actividades económicas, deben de llevar “*unos únicos libros obligatorios*” acordes con la naturaleza (mercantil o no mercantil) de su actividad, y con independencia de la atribución de rentas que deban efectuar⁴².

De igual manera, existen una serie de obligaciones de información⁴³ al obligar a las entidades en régimen de atribución de rentas a comunicar a sus miembros la renta total obtenida por la entidad y atribuible a cada uno de ellos; y al mismo tiempo se obliga a estas entidades a presentar una declaración informativa anual⁴⁴ relativa a las rentas a atribuir a los miembros de la entidad, la cual debe tener el siguiente contenido:

- Identificación, domicilio fiscal y NIF de todos los miembros de la entidad, señalándose las variaciones en la composición de la misma a lo largo del ejercicio (año natural). Si alguno de los miembros de la entidad es no residente en España, se deberá señalar quién es el representante fiscal de la misma. Y en el caso de entidades constituidas en el extranjero, se debe identificar a los miembros de la entidad contribuyentes por el IRPF o sujetos pasivos del IS, así como a los contribuyentes por el IRNR respecto de las rentas obtenidas por la entidad sujeta a dicho impuesto.

- El importe total de las rentas obtenidas por la entidad y de la renta atribuible a cada miembro, especificándose los ingresos y los gastos deducibles para cada fuente de renta; el importe de las rentas de fuente extranjera, país de obtención y rendimientos íntegros y gastos; en su caso, la Institución de Inversión Colectiva (IIC) en la que se ha invertido, fecha de adquisición o suscripción y valor de las adquisiciones de las acciones o participaciones; y en el caso de rendimientos de capital mobiliario derivados de la cesión a terceros de capitales propios, identificación de la persona o entidad (residente o no) cesionaria de los capitales propios.

- La base de las deducciones, retenciones e ingresos a cuenta soportados, y atribuibles a cada miembro de la entidad.

- El importe neto de la cifra de negocios.

La presentación de esta declaración informativa se ha de realizar en el mes de marzo de cada año, en relación con las rentas obtenidas por la entidad y las rentas atribuibles a cada uno de sus miembros en el año natural inmediato anterior.

En el mes siguiente (abril) al que se presenta el modelo informativo, la entidad debe comunicar a sus miembros la información relativa al importe total de las rentas obtenidas por la entidad y de la renta atribuible a cada miembro, con las especificaciones anteriormente señaladas; y la base de las deducciones, retenciones e ingresos a cuenta soportados y atribuibles a cada miembro de la entidad, como también hemos señalado hace un momento.

Sin embargo, debemos tener en cuenta además las siguientes precisiones: En primer lugar, están exceptuadas de presentar la declaración las entidades que no ejerzan actividades económicas y cuyas rentas no excedan de 3.000 € anuales.

En segundo lugar, la declaración informativa la deben presentar los representantes de la entidad en atribución, y en el caso de las entidades constituidas en el extranjero, debe distinguirse en función de que la entidad tenga o no presencia en territorio español: En el primer caso, es decir, si la entidad tiene presencia en territorio español, la declaración informativa sólo se ha de referir a las rentas atribuibles a los socios residentes, y la deberán de presentar los representantes de la entidad. En el caso de las entidades sin presencia en territorio español, los socios

residentes deben presentar una declaración informativa respecto de las rentas atribuibles a los mismos.

Por su parte, las entidades en régimen de atribución de rentas que perciban rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, siempre que su importe sea atribuible a una persona física residente en otro Estado miembro puede optar, con carácter global e indefinido, por efectuar el suministro de información cuando paguen efectivamente las rentas a sus miembros residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea. La comunicación del ejercicio de la opción debe presentarse como máximo antes del inicio del plazo de presentación de la primera declaración a la que estuviera obligada la entidad, y la oficina gestora competente puede emitir, a petición de la entidad, una certificación acreditativa de dicha opción. Tanto la solicitud de certificación como la expedición de la misma pueden, en su caso, efectuarse de forma telemática.

Se considera representante de la entidad en atribución⁴⁵ a quién la ostente, siempre que resulte acreditada en forma fehaciente. De no haberse designado representante, se considera como tal el que aparentemente ejerza la gestión o dirección, y, en su defecto, cualquiera de los miembros o partícipes que integren o compongan la entidad o comunidad.

Sin embargo, es preciso realizar al respecto una serie de precisiones: en el caso de las comunidades de bienes, debe tenerse en cuenta que las relaciones con terceros no son con la comunidad, puesto que esta carece de personalidad jurídica, sino como los comuneros. Para la administración y mejor disfrute de la cosa común son obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes⁴⁶. Esta mayoría a que se refiere el Código Civil no es una mayoría de personas sino de intereses económicos o participaciones. Por ello no hay mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad. Por tanto, debe estarse a la mayoría de cuotas.

En el caso de comunidades de propietarios, la administración y representación corresponde al presidente de la comunidad, salvo que para las funciones de administrador se nombre a una persona de manera expresa.

En el caso de las sociedades civiles, la administración y representación de la sociedad está encargada a los propios socios, que pueden prever en el contrato de sociedad diversas formas de administración⁴⁷. Cuando se trata de administrador único, si ha sido nombrado en el con-

trato social, su poder es irrevocable salvo que concurra causa legítima; y si ha sido nombrado con posterioridad, puede revocarse en cualquier momento. Por su parte, cuando se trata de Administradores mancomunados, si la administración se confía a dos o más socios y se ha estipulado que estos no pueden obrar uno sin el consentimiento del otro, es necesario el concurso de todos para la validez de los actos.

Por lo que respecta a los administradores solidarios, ya que la administración se confía a dos o más socios y no se establecen sus funciones ni se establece un régimen de actuación mancomunada, cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente, pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones de otro antes de que estas hayan producido efecto legal. Si en el contrato no se ha estipulado modo alguno de administrar, todos los socios se consideran apoderados y lo que cada uno haga por sí solo obliga a la sociedad, pero cada uno puede oponerse a las operaciones de los demás antes de que produzcan efecto legal.

Por último, se considera válida la representación ostentada por cualquier miembro de la entidad cuando no se ha designado a un representante⁴⁸.

NOTAS

1 La Dirección General de Tributos emitió varias Consultas Vinculantes en relación a las sociedades civiles (V3538-15, V3547-15, V35,69-15, V3704-15 y V3705-15, entre otras), cuyas conclusiones más relevantes son las siguientes:

§ Para considerarse contribuyente del Impuesto sobre Sociedades, es necesario que la sociedad civil se haya manifestado como tal frente a la Administración Tributaria y que tenga objeto mercantil.

§ Se entenderá por objeto mercantil la realización de una actividad económica de producción, intercambio o prestación de servicios para el mercado en un sector no excluido del ámbito mercantil.

§ En el caso de una sociedad civil que se dedica a la prestación de servicios de asesoría administrativa, contable, fiscal y laboral:

a. La sociedad civil goza de personalidad jurídica a efectos del Impuesto sobre Sociedades, puesto que se constituyó mediante documento privado que debió presentar ante la Administración tributaria para la obtención de número de identificación fiscal. Adicionalmente, como la entidad consultante desarrolla una actividad de asesoría administrativa, contable, fiscal y laboral, no resultándole de aplicación la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (no estando, por tanto, su actividad excluida del ámbito mercantil) se considera que la entidad consultante, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016, tendrá la consideración de contribuyente del Impuesto sobre Sociedades.

b. Respecto al tratamiento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los socios, si la actividad se desarrolla en el caso consultado por la sociedad civil, correspondiendo a la entidad la ordenación por cuenta propia de medios y/o recursos humanos para el desarrollo de la actividad, los rendimientos que un socio pueda percibir por su trabajo en la sociedad no se integran en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como rendimientos del trabajo, sino que su integración se realiza por la vía del régimen de atribución de rentas, constituyendo para el socio una parte del rendimiento de la actividad económica obtenido por la sociedad que le resulta atribuible, ya que se trata de una mayor participación de ese socio en el rendimiento de la entidad. Añade la Dirección General de Tributos que teniendo en cuenta que a partir de 2016, la sociedad civil tendrá carácter de sociedad civil, el régimen de tributación de los socios por los servicios prestados sería el correspondiente a las retribuciones satisfechas por los servicios por socios profesionales, remitiéndose a lo expuesto en la Consulta VII48-15.

c. En lo concerniente al Impuesto sobre el Valor Añadido y al recargo de equivalencia, si desde el año 2016 la entidad consultante no va a aplicar el régimen de atribución de rentas de dicho Impuesto, el consultante cesará en la aplicación del régimen especial de equivalencia.

§ En el caso de una comunidad de bienes que se dedica a la actividad de apartotel, con licencia perceptiva y con empleados o de

una comunidad de bienes cuyo objeto social es la realización de actividades de enseñanza, la Dirección General de Tributos considera que puesto que el único contribuyente que se incorpora al Impuesto sobre Sociedades son las sociedades civiles con objeto mercantil, la comunidad de bienes descrita en los hechos de la consulta seguirá tributando, a partir de 1 de enero de 2016, como entidad en atribución de rentas.

2 Regulados en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

3 Reguladas en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de las agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional.

4 Así como los fondos de inversión colectiva de tipo cerrado regulados en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

5 Regulados en el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

6 Regulados en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

7 Regulados en la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial.

8 Regulados en la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores

9 Reguladas por la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común, o en la legislación autonómica correspondiente.

10 Reguladas en el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las Sociedades Agrarias de Transformación.

11 Tal y como reconoce tanto la Resolución de la Dirección General de Tributos de 11 de junio de 1997, como su consulta vinculante de 21 de junio de 2010.

12 Es decir, que la autorización y el acta de apertura de la oficina de farmacia se extienda a nombre de todos los copropietarios, tal y como refleja las Resoluciones de la Dirección General de Tributos de 31 de enero de 1996 o la de 14 de octubre de 1999. Mucho más reciente, a través de su Consulta Vinculante V3450-15 de 30 de diciembre, el Centro Directivo se ha vuelto a pronunciar en cuanto a la no consideración de las farmacias como contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades, basando su contestación en una consulta anterior (VI834-12) en la que se venía a decir que el ejercicio de las actividades atribuidas legalmente a las oficinas de farmacia corresponde exclusivamente al farmacéutico propietario-titular de la oficina de farmacia, sin que puedan dichas actividades ser ejercidas por una sociedad mercantil. Así, el rendimiento obtenido por el farmacéutico en la dispensación del medicamento, cuya adquisición le corresponde a éste, formará parte del rendimiento de su actividad económica. No obstante, la sociedad mercantil podrá ser la titular de los restantes elementos patrimoniales que integren el negocio de farmacia (locales, mobiliario), para su cesión al farmacéutico en la explotación de la oficina de farmacia. En base a lo anterior, la Dirección General de Tributos considera que al no poder ser una sociedad civil con personalidad jurídica titular de una oficina de farmacia, los rendimientos derivados de dicha oficina en ningún caso tributarán por el Impuesto sobre Sociedades, correspondiendo su tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente a los farmacéuticos titulares de la oficina de farmacia, bien individualmente o en régimen de atribución de rentas.

13 Así, por ejemplo, una sociedad comanditaria española sería una “*partnership*” desde el punto de vista del término inglés, pero es, sin embargo, un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades sin ninguna especialidad.

14 Así, por ejemplo, la legislación española regula expresamente qué entidades son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, y define las entidades en régimen de atribución de rentas, no siendo, salvo algunos casos conflictivos, difícil encuadrar una determinada entidad en una de estas categorías.

15 En concreto, en el artículo 87 LIRPF.

16 A estos efectos, tanto la LIRPF como en el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (en adelante LIRNR) no exigen una identidad sino que basta con una similitud.

17 Por ejemplo, las sociedades colectivas o las sociedades comanditarias serían “*partnerships*” en el sentido del término inglés, por cuanto pueden ser calificadas como sociedades personalistas; sin embargo, desde la óptica tributaria no están sujetas al régimen de atribución de rentas al tener la condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

18 Tal y como recoge el artículo 1 del Modelo de Convenio de la OCDE.

19 Conforme al artículo 38 LIRNR

20 En definitiva, se trata de contar con algo muy similar a un establecimiento permanente en España en el sentido que establece el artículo 13.1 a) LIRNR.

21 Determinada de acuerdo con lo previsto en el artículo 89 LIRPF. Hay que adelantar que son de aplicación las reglas del cálculo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con carácter general, y las normas del Impuesto sobre Sociedades cuando todos los miembros son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades o contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes con establecimiento permanente.

22 Conforme a lo establecido en el artículo 39 LIRNR.

23 En la forma señalada en el artículo 38 LIRNR, es decir, que ejercen una actividad sin establecimiento permanente.

24 Como por ejemplo instalaciones o lugares de trabajo.

25 Como rendimientos de trabajo, rendimientos de capital mobiliario o inmobiliario o ganancias patrimoniales.

26 En estos casos, la renta se calcula de acuerdo con la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

27 Aunque el Modelo de Convenio de la OCDE no tiene ni en sus artículos ni en sus comentarios ninguna referencia explícita al “*trust*”,

ni siquiera aparece mencionado en la definición de persona del artículo 3.1.a).

28 Conforme a los arts. 86, 87 y 89.1.^a LIRPF; art. 6 LIS; art. 34 LIRNR.

29 Según los arts. 86 y 88 LIRPF; art. 6 LIS; art. 34 LIRNR

30 Art. 89.1 LIRPF; art. 24, 31 y 39 RIRPF; y arts. 34 a 39 LIRNR.

31 Art. 89.1, 4 y 5 LIRPF; y arts. 34, 35, 36.1, 38 y 39 LIRNR.

32 Art. 23.2 LIRPF.

33 Art. 32.1 LIRPF.

34 Arts. 89.1.1^a.a, 4 y 5 LIRPF; y arts. 34, 35, 36.1, 38 y 39 LIRNR.

35 Art. 89.1.3^o LIRPF.

36 Es decir, según el art. 14 LIPRE, tal y como tendremos oportunidad de ver en el apartado 1.4 posterior

37 Que recordemos se calcula restando a la renta íntegra los gastos necesarios para obtenerla.

38 En el caso de actividades económicas o de rendimientos procedentes del arrendamiento de bienes inmuebles o arrendamiento de bienes muebles, negocios o minas, deben atribuirse la parte que les corresponda de la renta neta devengada hasta la fecha de la baja. En el caso de rendimientos del capital mobiliario, la parte que les corresponda de los que se hubieran devengado hasta la baja. En el caso de ganancias y pérdidas patrimoniales, la parte que les corresponda de las que se hubieran devengado hasta la baja. En el caso de rentas inmobiliarias imputadas, la parte proporcional correspondiente al tiempo de permanencia en la entidad. Y, respecto de las retenciones e ingresos a cuenta soportados: la parte que les corresponda de los soportados hasta la fecha de la baja en la entidad.

39 En el caso de actividades económicas o de rendimientos procedentes del arrendamiento de bienes inmuebles o arrendamiento de bienes muebles, negocios o minas, deben atribuirse la parte que les corresponda de la renta neta devengada desde la fecha de su incorporación

hasta el 31 de diciembre. En el caso de rendimientos de capital mobiliario, la parte que les corresponda de los que se hubieran devengado desde la fecha de su incorporación hasta el 31 de diciembre. En el caso de ganancias y pérdidas patrimoniales, la parte que les corresponda de las que se hubieran devengado desde la fecha de su incorporación hasta el 31 de diciembre. En el caso de rentas inmobiliarias imputadas, la parte proporcional correspondiente al tiempo de pertenencia en la entidad. Y, respecto de las retenciones e ingresos a cuenta soportados: la parte que les corresponda de los soportados desde la fecha de su incorporación hasta el 31 de diciembre.

40 Art. 99.2 LIRPF; art. 76.1 a) RIRPF; art. 60.1 a) RIS; art. 31.1 a) LIRNR.

41 Art. 25.2 LIRNR.

42 Según el art. 68.8 RIRPF.

43 Artículo 90, apartados 1 y 4 LIRPF, desarrollado por el artículo 70 RIRPF.

44 Que es el modelo 184.

45 Conforme al art. 45.3 LGT.

46 Art. 398 Código Civil (en los sucesivo CC).

47 Arts. 1692 a 1696 CC.

48 Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de marzo de 2001.

Dictámenes

**DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO
CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
SOBRE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE
CONSULTORÍA Y ASISTENCIA, SUSCRITO
ENTRE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN
Y CIENCIA Y D. X, CONSISTENTE EN LA
REDACCIÓN DEL PROYECTO BÁSICO Y DE
EJECUCIÓN Y EL ESTUDIO DE SEGURIDAD Y
SALUD DE LA OBRA DE CONSOLIDACIÓN DE
CERRAMIENTO, ACCESIBILIDAD Y REFORMAS
EN EL CIP K DE CUENCA.**

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Circunstancias relativas a la contratación.- El 30 de noviembre de 2009, la Dirección del CIP K de Cuenca solicitó de la Delegación Provincial de Educación y Ciencia la realización de diversas obras en el centro.

En base a dicho requerimiento, el 4 de mayo de 2010, el Delegado Provincial de la citada Consejería resolvió la adjudicación de contrato menor de servicios, consultoría y asistencia a favor de D. X, por importe de 11.994,92 euros y plazo de ejecución de 45 días.

Dicho trabajo fue presentado a la Consejería en julio de 2010.

El día 27 de diciembre de 2011 una Arquitecta de la Unidad Técnica de la Delegación Provincial, emite el preceptivo informe de supervisión del citado proyecto en el que se formula requerimiento de subsanación de defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios según lo prevenido en el artículo 286 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Dicho informe es remitido al contratista el día 2 de enero de 2012, sin que conste en la documentación remitida la fecha de su recepción.

Segundo. Informe de la Jefa de la Unidad Técnica.- El 2 de mayo de 2014, la Jefa de la Unidad Técnica de los Servicios emite informe en el que propone la resolución del contrato suscrito al no haberse presentado la subsanación del proyecto de acuerdo con el requerimiento

efectuado en enero de 2012. Asimismo indica que en el momento actual la redacción del proyecto *“no es necesaria, al margen de que su ejecución no esté prevista, ya se ha realizado alguna intervención puntual en el centro, encaminada a mejorar alguno de los aspectos recogidos en este proyecto”*, añadiendo que, en todo caso, el proyecto habría quedado obsoleto en cuanto a normativa, necesidades y presupuesto.

Existe un segundo informe, de la misma funcionaria, en similares términos fechado el 16 de junio.

Tercero. Acuerdo de inicio del expediente de resolución.- El inicio del procedimiento sometido a dictamen tuvo lugar mediante resolución adoptada por el Coordinador Provincial de Cuenca con fecha 20 de junio de 2014, en virtud de la cual se decide incoar el procedimiento de resolución contractual en base al apartado d) del artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece como causa de resolución contractual, *“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*.

Igualmente se concede al contratista un plazo de 10 días naturales para que alegue lo que estime oportuno.

Cuarto. Alegaciones del contratista.- Mediante escrito fechado el 17 de julio de 2014, el Arquitecto redactor del proyecto, expone que el proyecto fue presentado en julio de 2010, conforme a la línea de actuación definida por la Unidad Técnica de la Delegación.

Añade que *“un año después de presentar el proyecto, sin tener el informe de supervisión, y sin tan siquiera advertirme de los hechos, veo que se está ejecutando parte de mi proyecto. [] Advierto de tal hecho a la unidad técnica quien me responde que efectivamente es quien ha ordenado la ejecución de los trabajos utilizando mi proyecto sin mi consentimiento [...]”*.

Más adelante expresa que *“18 meses después de presentar el proyecto (6 después de haber ejecutado parte de mi proyecto) recibo informe de Supervisión. Ninguna observación o requerimiento del Informe de Supervisión indica defectos sustanciales que no permitiera ejecutar las obras. Haber ejecutado parte de mi proyecto demuestra tal hecho. [] Los requerimientos relevantes son nuevas partidas que la unidad técnica solicita se incorporen al proyecto [] nuevas partidas: [] Conectar las bajantes de las terrazas con la red enterrada. [] Malla sobre el cerramiento perimetral [] Modificar y sustituir las puertas existentes del edificio con hoja inferior a 80 cm. [] pintura plástica. [] reparación de vier-teguas [] Reposición (30%) de una parte de los elementos de oscurecimiento*

que actualmente hay en las aulas. [] Pintado de todo el cerramiento-vallado perimetral del edificio”.

Indica que, a la vista de la relevancia económica de la obra, tuvo una reunión con la Unidad Técnica quedando a la espera de nueva citación para determinar los puntos más importantes del proyecto y así poder entregar el proyecto definitivo acorde con la realidad de la futura ejecución.

Junto a las alegaciones aporta diversas fotografías de las obras realizadas en el centro educativo doce meses después de entregado el proyecto y un documento titulado “*contestación requerimiento de supervisión enero 2012*”, en el que da respuesta a las cuestiones planteadas por la Unidad Técnica de la Delegación Provincial en el informe de supervisión.

Quinto. Informe sobre las alegaciones formuladas.- Con fecha 10 de marzo de 2015, una Arquitecta de la Unidad Técnica del Servicio Periférico emite un informe en el que considera justificada la resolución del contrato por incumplimiento de plazo por el contratista toda vez que el informe de supervisión de 2 de enero de 2012 detectando deficiencias no ha sido contestado hasta la fecha.

Estima que los documentos adjuntados a las alegaciones no aportan datos nuevos, excepto el denominado “*contestación al requerimiento de supervisión*” de enero de 2012, el cual indica que no consta su entrada en su día, ni tiene sello de registro de entrada.

Reconoce que por razones de urgencia se ha realizado alguna actuación puntual para la mejora de la accesibilidad del centro que “*podría haber estado incluida en el proyecto*”.

Concluye que considera oportuno continuar con el trámite de resolución del contrato, proponiendo una indemnización de aproximadamente un 15% de los honorarios contratados por el trabajo realizado, los gastos ocasionados y la documentación válida aportada, ascendiendo a la cantidad de 1.800 euros.

Sexto. Propuesta de resolución.- Con fecha 30 de marzo de 2015, el Secretario Provincial, actuando por suplencia de la Coordinadora, suscribe propuesta de resolución del contrato, designando una indemnización al contratista de 1.800 euros y otorgando un plazo de 10 días para que manifieste su oposición a la misma.

Séptimo. Alegaciones del contratista.- Con fecha 20 de abril, el contratista presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución contractual pretendida, a cuyo efecto formula los siguientes argumentos:

- La caducidad del procedimiento instado, puesto que su iniciación tuvo lugar el 20 de junio de 2014, siendo el plazo máximo para resolver y notificar de tres meses.

- No concurre la causa de resolución por no tratarse de una obligación esencial del contrato, toda vez que la obligación esencial del contrato está totalmente realizada, puesto que el contrato menor adjudicado para la redacción del proyecto básico y de ejecución y estudio de Seguridad y Salud, establece como obligación esencial la realización del mismo.

- Entre la fecha de entrega del proyecto (julio de 2010) y la emisión del informe de supervisión (enero de 2012) transcurrieron 18 meses, plazo superior a lo establecido en la Ley para resolver cualquier procedimiento, y los efectos que produce en el interesado el silencio de la Administración.

- Reitera que el informe de supervisión incorpora partidas nuevas no previstas inicialmente y que elevan el presupuesto al doble de lo previsto inicialmente, cuestión esta de la que informó a la Unidad Técnica en una reunión en el mes de enero de 2012.

- En el caso de que no prosperen sus alegaciones, también se opone a la consideración de que el trabajo presentado equivale al 15% de los honorarios contratados, emplazando a la Administración a una valoración acorde con el trabajo realizado.

Octavo. Acuerdo de suspensión del plazo para resolver.- Con fecha 25 de abril de 2015, el Secretario Provincial, por suplencia de la Coordinadora, acuerda la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, por el tiempo que media entre la petición del dictamen al Consejo Consultivo y la recepción del mismo.

Dicho acuerdo fue notificado al interesado el 28 de mayo de 2015.

Noveno. Informe jurídico.- Con fecha 29 de abril de 2015, el Jefe de Sección de la Asesoría Jurídica de los Servicios Periféricos de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, emite un informe en el

que alude a la no preceptividad del informe del Servicio Jurídico en el supuesto de *“incumplimiento del plazo fijado para la ejecución del contrato”*, concluyendo que procede el dictamen del Consejo Consultivo.

En tal estado de tramitación V. E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 14 de septiembre de 2015.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El artículo 211.3.a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), dispone que *“será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: [] a) [...] resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

Por su parte, el artículo 109 del RGLCAP establece en su apartado 1.d), como uno de los requisitos con que ha de contar el expediente de resolución del contrato, el dictamen del órgano consultivo si se da la circunstancia de que se formule oposición a la misma por parte del contratista.

Los mencionados preceptos deben ser puestos en conexión con el artículo 54.9.c) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que determina que el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los procedimientos tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades que versen sobre resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

Es objeto del presente expediente la resolución del contrato administrativo de servicios consistente en la redacción del proyecto básico y de ejecución y el estudio de seguridad y salud de la obra de consolidación de cerramiento, accesibilidad y reformas en el CIP K de Cuenca, fundada en el incumplimiento de los plazos por parte del contratista. Teniendo en cuenta que, en el periodo de audiencia concedido al efecto,

el adjudicatario ha manifestado su oposición a dicha resolución, procederá, en virtud de los artículos anteriormente citados, la intervención de este órgano consultivo en el procedimiento con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- De manera previa al estudio de las cuestiones sustantivas que derivan del expediente sometido a dictamen, es preciso realizar un análisis de los requisitos formales necesarios para proceder a la resolución del contrato y comprobar si, en este caso, se ha dado cumplimiento a los mismos.

Por aplicación del mencionado principio *tempus regit actum*, el procedimiento instruido, iniciado por acuerdo de 20 de junio de 2014, ha de ajustarse a la regulación vigente en ese momento.

Así, a falta de concretas previsiones atinentes a esta específica modalidad procedimental en la disposición transitoria primera del citado TRLCSP, debe tenerse en cuenta que su artículo 224.1 remite a sus normas de desarrollo la determinación del procedimiento aplicable a las causas de resolución de los contratos. Como quiera que tal procedimiento no ha sido establecido hasta la fecha, continúan siendo de aplicación las normas de esa índole contenidas en el ya citado Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP). Así, el artículo 109 de dicha norma reglamentaria impone la observancia de los siguientes requisitos formales en los procedimientos de resolución contractual: “a) *Audiencia al contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.* [] b) *Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.* [] c) *Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley* [falta de constitución de la garantía definitiva y demora en el cumplimiento de los plazos] [] d) *Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

A tenor de los preceptos mencionados habrá que entender como trámites necesarios en la sustanciación de un procedimiento de resolución contractual su iniciación mediante acuerdo adoptado por el órgano de contratación competente, tras el cual, y previos los actos de instrucción que se estimen precisos, se otorgará audiencia al contratista por plazo de diez días, debiendo recabarse el informe del Servicio Jurídico competente y formularse, a la vista de las actuaciones realizadas, la correspondiente propuesta de resolución, para concluir, en el caso de que

se hubiera producido oposición por el adjudicatario, con la solicitud de dictamen preceptivo al órgano consultivo correspondiente, el cual posee carácter final conforme a lo previsto en el artículo 40.3 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

El contraste de la normativa citada con lo instruido en el presente expediente permite apreciar importantes irregularidades en el procedimiento, y es que, iniciado el expediente el 20 de junio de 2014 y presentadas alegaciones frente al mismo el 17 de julio siguiente, el informe de la Unidad Técnica valorando las mismas no se emitió hasta ocho meses más tarde, en marzo de 2015, formulándose a continuación una propuesta de resolución el 30 de marzo.

Al margen del problema de los plazos para resolver este tipo de procedimientos que se analizará más adelante, en el presente caso se aprecia un importante desorden procedimental, pues la propuesta de resolución, que debe redactarse tras la instrucción del procedimiento y el trámite de audiencia, sorprendentemente otorga un nuevo plazo de alegaciones y, además, se procede a la realización de nuevos actos de instrucción, como es la solicitud de un informe jurídico, que fue emitido el 29 de abril.

En relación con dicho informe jurídico, llama la atención que, pese a advertir la excesiva dilación del procedimiento y que ha excedido del plazo máximo para resolver y notificar, en lugar de apreciar la caducidad del mismo, concluye invocando la procedencia de solicitar el dictamen de este Consejo, lo que ha dado lugar a una prolongación innecesaria del procedimiento contraria al principio de eficacia.

Por otra parte, el referido informe de la Unidad Técnica no da respuesta a una de las principales alegaciones del contratista, que es la relativa a la introducción de partidas nuevas no contratadas inicialmente y que llegaban a duplicar el presupuesto inicialmente previsto, lo que hubiera requerido una modificación del contrato, con la consiguientes repercusión sobre los plazos de entrega de los trabajos.

Aunque resulta obvio el incumplimiento del plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento, -también denunciado por el contratista en sus alegaciones-, la petición de dictamen formulada hace necesario ahora emitir un pronunciamiento de este Consejo sobre las consecuencias del mismo y en concreto, sobre si el tiempo transcurrido desde la incoación del procedimiento hasta la culminación de los trámi-

tes previos a la petición de dictamen a este Consejo ha dado lugar a la caducidad del procedimiento.

Teniendo en cuenta que el procedimiento se inició mediante acuerdo del órgano de contratación de fecha 20 de junio de 2014, el tiempo transcurrido hasta el oficio de remisión del expediente a este Consejo, de fecha 8 de septiembre de 2015, ha supuesto claramente el agotamiento del plazo máximo de tres meses previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el cual resulta de aplicación a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos al no establecerse en la legislación de contratos de las Administraciones públicas un plazo específico.

Si bien existe un Acuerdo de suspensión del procedimiento fechado el 25 de abril de 2015, y adoptado al amparo del artículo 42.5 de la Ley 30/1002, de 26 de noviembre, por el tiempo que media entre la petición de dictamen a este Consejo y la recepción del mismo, dicho acuerdo se adoptó una vez transcurrido el plazo de caducidad y, en todo caso, su eficacia quedaría condicionada a la efectiva remisión del expediente a este Consejo, actuación que no tuvo lugar hasta el 8 de septiembre, como antes se indicó.

Apreciada la existencia de los presupuestos necesarios para acordar la caducidad del procedimiento, conviene añadir que si bien esta no ha sido inicialmente una cuestión pacífica, actualmente es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, recogida en su reciente Sentencia de 28 de enero de 2014, (RJ 2014\685) que *“ninguna duda existe acerca de la jurisprudencia de esta Sala que ha aplicado el instituto de la caducidad a la contratación administrativa tal como subraya la Sala de instancia, no solo mediante la STS de 13 de marzo de 2008, recurso de casación 1366/2005, sino también mediante la de 19 de julio de 2004, recurso de casación 4172/1999. [] Y, además, posteriormente se ha refrendado en la STS de 8 de setiembre de 2010, recurso de casación para la unificación de doctrina 364/2009, poniendo de relieve la existencia de la anterior doctrina consolidada por lo que fue desestimado el precitado recurso en razón de que la Sala de instancia en la sentencia recurrida había aplicado la antedicha doctrina sobre aplicación supletoria de la Ley 30/1992. [] También se aplicó en la STS de 28 de junio de 2011, recurso de casación 3003/2009 sobre caducidad en la resolución de un contrato de gestión y en la STS de 2 de octubre de 2007, recurso de casación 7736/2004, caducidad en la resolución de un contrato de servicios de limpieza. [...] Como recuerda la STS de 13 de marzo de 2008, FJ 3º B) “la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna (artículo 42.2. de la Ley*

30/1992) del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a este tipo de procedimiento” []”.

Este ha sido también el criterio empleado por este Consejo en dictámenes anteriores tales como el 127/2005, de 14 de septiembre, el 63/2006, de 26 de abril, el 205/2006 de 15 de noviembre, y el 322/2014, de 30 de septiembre. En el primero de ellos se afirmaba que *“a falta de un plazo determinado normativamente para la culminación de los expedientes de resolución contractual, habrá de entenderse de aplicación el supletorio y general consignado en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -fijado en tres meses-; de tal suerte que, ante la ineludible catalogación del procedimiento analizado dentro de la categoría de los definidos en el apartado 2 del artículo 44 del mismo cuerpo legal -aquellos en que se ejerciten potestades de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para los administrados-, la caducidad del mismo vendría impuesta por el vencimiento del plazo máximo indicado sin que se haya dictado y notificado resolución expresa”*.

Dicho todo lo anterior, considera el Consejo que, siendo apreciable la caducidad procedimental examinada, no resulta procedente dictar resolución sobre el fondo de la cuestión contractual planteada, toda vez que aquella se hallaría afectada de un vicio formal de tal entidad que podría dar lugar a la declaración jurisdiccional de invalidez de la misma. Consiguientemente, se estima adecuado acordar la extinción del procedimiento por caducidad, con las consecuencias y efectos contemplados en los artículos 44.2 y 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; todo ello, obviamente, sin perjuicio de la posibilidad de instrucción de un nuevo expediente de resolución contractual orientado a los mismos fines del actualmente sometido a dictamen.

Lo señalado hasta aquí no es motivo en el presente caso, sin embargo, para que el Consejo eluda efectuar un pronunciamiento sobre algunos aspectos que presenta la contratación que no han sido debidamente tratados en la instrucción realizada y que pueden afectar a la cuestión de fondo planteada.

III

Otras observaciones.- En el presente caso no puede obviarse que el requerimiento de subsanación formulado por la Unidad Técnica en enero de 2012, vino precedido por una serie de actuaciones de la propia Administración que pueden condicionar el pronunciamiento sobre el fondo del asunto y la aplicabilidad de la causa de resolución

contractual invocada, por lo que tales antecedentes deberían tenerse en consideración en el caso de que se decida instar un nuevo procedimiento orientado a la resolución contractual.

Es un hecho admitido que el contratista presentó a la Administración, en julio de 2010, el proyecto básico y de ejecución y el estudio de seguridad y salud de la obra de consolidación de cerramiento, accesibilidad y reformas en el CIP K de Cuenca, dando así cumplimiento al plazo estipulado en el contrato que le fue adjudicado en el mes de mayo anterior.

Desde ese momento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 205 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, el órgano de contratación estaba obligado a emitir *“un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato”*. Debido a la naturaleza del contrato, este acto formal debía venir precedido o ser simultáneo al informe de supervisión del proyecto, al que se hace referencia en el artículo 109 de la citada norma legal. Este último precepto dispone que *“Antes de la aprobación del proyecto, cuando la cuantía del contrato de obras sea igual o superior a 350.000 euros, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. [...] En los proyectos de cuantía inferior a la señalada, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra en cuyo caso el informe de supervisión será igualmente preceptivo”*.

El plazo para la emisión de dicho informe de supervisión está fijado en el artículo 136.4 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en un mes a contar desde la fecha de recepción del proyecto.

Puesto que el informe de supervisión no fue notificado al contratista hasta el mes de enero de 2012, esto es, más de 18 meses después, es necesario analizar las consecuencias que sobre el contrato tuvo esta inactividad de la Administración, teniendo en cuenta además que durante ese plazo la Administración decidió ejecutar parte de la obra inicialmente proyectada con la documentación aportada por el contratista.

Si bien la Ley exige un acto formal y positivo de recepción, la jurisprudencia ha admitido la llamada recepción tácita por parte de la Administración cuando esta realiza actuaciones que suponen la utili-

zación de las prestaciones del contratista con destino al uso o servicio público correspondiente.

Esta jurisprudencia es consecuencia de la especial atención dada a la prohibición de enriquecimiento injusto que se produciría si la Administración utiliza la prestación contractual sin que corriese el cómputo de plazos para el pago del precio, los intereses de demora y de garantía del contrato. A tal efecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2007 (RJ 2007\1485) que afirma que *“La solución contraria que postula la Administración comportaría un enriquecimiento injusto de la misma y la quiebra del equilibrio financiero del contrato en fase de ejecución, pues la Administración habría recibido la obra, destinándola al uso para el que se construyó, y mientras no pague el precio pactado y no formalice el acta no nace la obligación del pago de intereses de demora. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en Sentencia de 18 de junio de 2003 (JUR 2006,274491), y Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1988 (RJ 1988,457) y de marzo de 1999 (RJ 1999,2898)”*.

En el supuesto que nos ocupa, la Administración sin adoptar un acto formal de recepción, da a entender que ha empleado el proyecto objeto del contrato para realizar las obras de reforma del colegio que ha estimado oportunas, aunque no sean todas las contempladas en el proyecto, por lo que, a juicio de este Consejo, resulta de aplicación al caso la doctrina anteriormente enunciada sobre la recepción tácita.

Parece claro que si esas obras se realizaron -así lo reconoce la Administración-, es porque previamente esta había aprobado un proyecto (así lo exigen los artículos 109 y 110 de la LCSP), y dicho proyecto no puede ser otro que el contratado, pues así se desprende del informe de la Arquitecta de la Unidad Técnica, que afirma que por razones de urgencia se ha realizado alguna actuación puntual para la mejora de la accesibilidad del centro que *“podría haber estado incluida en el proyecto”*.

En consecuencia de todo lo expuesto, no cabe sino entender que se produjo una recepción tácita de los trabajos desde el momento en que se ordenó la ejecución de las obras de reforma del colegio que estaban incluidas en el proyecto elaborado por el contratista, por lo que el transcurso de 18 meses desde la entrega, en un contrato menor (cuya duración no puede exceder de un año, ni ser objeto de prórroga, art. 23.3 LCSP), carente de pliegos que definan adecuadamente el régimen obligacional del contrato, sin exigir el depósito de una garantía definitiva y sin establecer plazo alguno de garantía, no puede tener otro efecto que el de la extinción de la responsabilidad del contratista, debiendo

considerar el contrato finalizado y procederse, por tanto, al abono de los trabajos contratados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que estando caducado el procedimiento de resolución del expediente de resolución del contrato de consultoría y asistencia suscrito entre la Consejería de Educación y Ciencia y D. X, consistente en la redacción del proyecto básico y de ejecución y el estudio de seguridad y salud de la obra de consolidación de cerramiento, accesibilidad y reformas en el CIP K Cuenca, procede informar desfavorablemente la propuesta de resolución contractual formulada por la citada Consejería.

Toledo, 7 de octubre de 2015

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA- LA MANCHA, SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE LA ACTIVIDAD FÍSICA Y EL DEPORTE DE CASTILLA-LA MANCHA.

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Memoria justificativa.- Con fecha 17 de octubre de 2014 el Director General de Deportes suscribió memoria justificativa de la norma.

Tras reseñar la normativa y documentación que se han manejado para la elaboración del documento, se expone la conveniencia y motivación del anteproyecto que se pretende aprobar, examinando al respecto las necesidades de aumentar la práctica deportiva por parte de la población y de asumir nuevas manifestaciones del fenómeno deportivo, de actuar contra los índices de obesidad y sedentarismo de la población, de incorporar a la legislación deportiva autonómica las directrices y principios que ha establecido la Unión Europea sobre el fomento de la actividad física, y de evitar la duplicidad administrativa en la ejecución de políticas de fomento de la actividad física y el deporte. También respecto a la conveniencia y motivación de la norma, se tratan en la memoria los aspectos siguientes: ausencia de regulación en la actividad física y el deporte en edad escolar y en el ámbito universitario; descenso en la participación de la ciudadanía en las actividades de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha y reducción del número de licencias federativas; complejidad y carencias del entramado asociativo vinculado al deporte; escasez de deportistas castellano-manchegos de alto nivel; bajos índices de práctica de actividad física y deporte por parte de las mujeres; carencias de capacitación profesional en la organización del deporte; falta de racionalidad en la construcción, gestión y mantenimiento de las infraestructuras de la actividad física y el deporte; déficits en los instrumentos de colaboración y cooperación interinstitucional; incorporación a la legislación autonómica de determinados aspectos de la legislación estatal en materia de lucha contra el dopaje; carencias en el sistema de protección de la organización del deporte; y el sistema de disciplina deportiva, que no se adecua al desarrollo de las competiciones deportivas.

También se examina en la memoria la incidencia de la normativa a aprobar en entidades públicas y privadas, así como en las personas físicas.

A continuación, se exponen los objetivos, alternativas, evaluación económica y descripción de la tramitación del anteproyecto, terminando la memoria con la descripción de los impactos de su aprobación, desde el aspecto jurídico (derogación de otras normas y afectación del orden constitucional y estatutario); desde el punto de vista de la competencia y su impacto en la competitividad de las empresas; desde la igualdad de género, y la simplificación y reducción de cargas administrativas.

Segundo. Informe de la Secretaria General.- Elaborado un primer borrador de la norma en fecha 17 de octubre de 2014, se sometió a la Secretaria General de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, quien emitió informe con fecha 27 de octubre posterior.

Tras referirse a la justificación de la iniciativa legislativa, aludiendo a la memoria elaborada, se describe el contenido del borrador, sus antecedentes normativos y los hitos más destacables del procedimiento de elaboración, concluyendo con su parecer favorable al texto de la norma.

Tercero. Toma de conocimiento por el Consejo de Gobierno.- En la reunión del Consejo de Gobierno, celebrada el 30 de octubre de 2014, se tomó conocimiento del primer borrador del anteproyecto de la Ley de la Actividad Física y del Deporte de Castilla-La Mancha.

Cuarto. Traslado a otros órganos.- Mediante oficio de 31 de octubre de 2014, la Directora General de Organización, Calidad Educativa y Formación Profesional, actuando por sustitución de la Secretaria General de la Consejería consultante, dio traslado del primer borrador elaborado a las Secretarías Generales de las Consejerías de Agricultura, de Fomento, de Empleo y Economía, de Hacienda, de Presidencia y Administraciones Públicas y de Sanidad y Asuntos Sociales; así como a la Secretaría General de Asuntos Sociales y Voluntariado de esta última Consejería.

Quinto. Informe del Servicio Jurídico de la Dirección General de Coordinación y Administración Local de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas.- Se incorpora al expediente el informe emitido el 7 de noviembre de 2014 por el Jefe de Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de Coordinación y Administración Local de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, en el que se analizaba la adecuación del anteproyecto de Ley

a la normativa aplicable a las entidades locales de Castilla-La Mancha, realizando algunas observaciones al respecto. Entre otras, se resaltaba que se desconoce la memoria económica al anteproyecto y que en caso de existir debería reflejar claramente las exigencias de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, “[...] *no solo en relación al “impacto sobre los recursos financieros”, sino también los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello puede conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas”*”.

Sexto. Alegaciones de otras Consejerías.- El 6 de noviembre de 2014 el Secretario General de Hacienda suscribió determinadas observaciones al texto sometido a su consideración, referidas al manejo de algunos conceptos utilizados, a la posible necesidad de una memoria económica y del informe preceptivo de la Dirección General de Presupuestos, y planteó algunas dudas sobre la adecuación del anteproyecto a los nuevos criterios de atribución competencial a los entes locales derivados de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local; en concreto señalaba que por lo que se refiere a la regulación contenida en los artículos 6 y 7 del anteproyecto “[...] *solo puede haber dos alternativas: o estos preceptos no suponen atribución adicional alguna de competencias a los mismos (y si es así, debería ello justificarse al menos en la Exposición de Motivos del anteproyecto, mención ésta que no encontramos); o por el contrario si incrementan las competencias locales, la memoria económica vendría a ser un documento necesario”*”.

Con esa misma fecha desde la Consejería de Fomento se realizó informe sobre la normativa y competencias que deberían tenerse en cuenta a la hora de aprobar el texto propuesto, en relación con las infraestructuras para la actividad física y el deporte.

El 7 de noviembre de 2014 se elaboró informe con las observaciones realizadas al anteproyecto por parte de las Direcciones Generales de Mayores y de Familia de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales.

Desde la Secretaría General de Agricultura se remitió correo electrónico de fecha 12 de noviembre de 2014, en el que se puso de manifiesto, mediante la cita de la legislación vigente, que la Consejería de Agricultura tiene competencias sobre el uso público y recreativo afectado por el anteproyecto.

También con fecha 12 de noviembre de 2014 la Secretaría General de la Consejería de Empleo y Economía envió correo electrónico en

el que se indicaba que no se presentarían alegaciones ni sugerencias al texto normativo en tramitación.

Séptimo. Informe sobre las alegaciones presentadas.- El 25 de noviembre de 2014 el Director General de Deportes suscribió informe tomando en consideración las alegaciones efectuadas por las distintas Consejerías, analizándolas y justificando su aceptación o rechazo.

Como consecuencia de las alegaciones que fueron estimadas, se elaboró un segundo borrador normativo, de fecha 26 de noviembre de 2014.

Octavo. Información pública.- Por resolución de 26 de noviembre 2014, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha n.º 232, de 1 de diciembre siguiente, el Director General de Deportes acordó someter el anteproyecto a información pública, mediante su inserción en el tablón de anuncios electrónico de la Administración de la Junta de Comunidades, a fin de que quienes estuvieran interesados pudieran consultarlo y efectuar cuantas alegaciones y observaciones estimaran oportunas en un plazo de veinte días.

Durante dicho período formularon alegaciones [...].

Noveno. Informe de la Secretaria General de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes.- Elaborado un tercer borrador del anteproyecto de fecha 15 de enero de 2015, el 22 de enero siguiente la Secretaria General de la indicada Consejería suscribió informe en el que concluye que *“a fecha actual todavía no se han recibido los informes del Gabinete Jurídico, de la Dirección General de Presupuestos, ni del Consejo Regional de Municipios. Una vez recibidos los mismos, siempre que no realicen observación esencial alguna, esta Secretaría General no observa impedimento legal alguno que obste la elevación al Consejo de Gobierno de la propuesta para que tome en consideración el Anteproyecto de Ley de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha”*.

Décimo. Informe sobre las alegaciones presentadas en trámite de información pública.- El 27 de enero de 2015 el Director General de Deportes suscribió informe tomando en consideración las alegaciones efectuadas por los distintos interesados y entidades afectadas por la normativa proyectada.

Undécimo. Informe de impacto de género.- El 22 de enero de 2015 la Secretaria General de Educación, Cultura y Deportes emitió informe sobre impacto de género del anteproyecto, concluyendo que el

mismo *“es pertinente en cuanto a los objetivos de igualdad entre mujeres y hombres, ya que existen desigualdades de partida y no se prevé modificación alguna de esta situación como consecuencia de la aplicación de la norma, por tanto la valoración de impacto de género de dicho proyecto es positiva”*.

Duodécimo. Mesa Sectorial de Educación.- El 26 de enero de 2015 el Secretario de la Mesa Sectorial de Educación certificó que en sesión extraordinaria de 22 de enero de 2015, dicho órgano trató en su orden del día la Ley de Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha.

Décimo tercero. Consejo Regional de Municipios.- El 27 de enero de 2015 el Secretario del Consejo Regional de Municipios certificó que en la sesión de dicho órgano, celebrada ese mismo día, se informó favorablemente el anteproyecto de Ley indicado.

Décimo cuarto. Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades.- El tercer borrador de la norma se sometió junto con el expediente del que trae causa al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades, solicitando la emisión de informe.

En contestación al requerimiento efectuado, con fecha 27 de enero de 2015 una Letrada, con el visto bueno de la Directora de dicho órgano, emitió pronunciamiento en el que, tras describir el régimen jurídico y competencial del deporte, examinaba el procedimiento, la estructura y contenido de la norma, realizaba determinadas observaciones y concluía expresando su parecer favorable al anteproyecto elaborado, si bien advertía sobre la necesidad de incorporar el informe del Consejo Regional de Municipios, del Consejo Regional de Provincias, de la Dirección General de Presupuestos, así como la memoria económica exigida por el artículo 25.4 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, señalando respeto de esta última omisión y una vez reproducidos los artículos 26.1 de dicha Ley y 7 del anteproyecto lo siguiente: “[...] *De la simple lectura de ambos artículos se desprende que las competencias atribuidas a los municipios en el artículo 7 del anteproyecto remitido exceden de las establecidas como obligatorias en el artículo 26 LRBRL, por lo que es esencial cumplir con lo establecido en el artículo 25 LRBRL*”.

Décimo quinto. Informe de la Directora General de Presupuestos.- Atendiendo a que la memoria del anteproyecto indica que éste no genera ningún aumento de gasto por sí mismo, pues dicho aumento y su cuantía vendrán determinados por su desarrollo reglamentario y las actuaciones que se aprueben en base a los principios y líneas de actuación que contiene el mismo, la Directora General de Presupuestos

emitió informe el 28 de enero de 2015, pronunciándose favorablemente sobre la iniciativa normativa, si bien considera que “- *la financiación de los posibles compromisos de gasto derivados del desarrollo reglamentario y las actuaciones que se deriven de la puesta en marcha de esta medida legislativa quedarán supeditadas a las disponibilidades financieras que para tal fin se consignent en las sucesivas leyes de presupuestos. [] - lo, todo caso, las dotaciones financieras que se establezcan para atender los gastos que dé o pudiera dar lugar en ejercicios futuros quedarán supeditadas al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y disponibilidad financiera que se establezca para la Comunidad Autónoma*”.

Décimo sexto. Toma en consideración por el Consejo de Gobierno.- Consta certificado expedido el 29 de enero de 2015 por la Secretaria Adjunta del Consejo de Gobierno, en el que se certifica que, en reunión celebrada en la misma fecha, se tomó en consideración del anteproyecto de Ley de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha, acordando su remisión al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Décimo séptimo. Texto definitivo del anteproyecto de Ley.- El anteproyecto de Ley sometido a dictamen -en el que no figura fecha- consta de una Exposición de Motivos, 144 artículos divididos en un Título Preliminar y nueve Títulos, algunos de los cuales se componen de Capítulos -y algunos de ellos de Secciones-, tres disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una derogatoria y tres finales.

La Exposición de Motivos consta de cinco apartados en los que se alude al marco normativo en que se inserta la norma, a la finalidad y objetivos pretendidos con la misma y a la estructura y contenido que presenta.

El Título Preliminar se denomina “*Disposiciones Generales*” y comprende cuatro artículos (del 1 al 4) dedicados al “*objeto y ámbito de aplicación*”, “*definiciones*”, “*principios generales*” y “*líneas de actuación de los poderes públicos*”.

El Título I, rubricado “*De las competencias administrativas en materia de actividad física y deporte*”, se estructura igualmente en tres artículos, (del 5 al 7), sobre “*Competencias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*”, “*Competencias de las Diputaciones Provinciales de Castilla-La Mancha*” y “*Competencias de los Ayuntamientos de Castilla-La Mancha*”.

El Título II, regulador “*De la práctica de la actividad física y el deporte*”, se divide en cuatro capítulos.

El capítulo I, sobre “*Régimen organizativo de la práctica de la actividad física y el deporte*”, comprende los artículos 8 a 14, dedicados al “*Reconocimiento de modalidades deportivas*”, “*Reconocimiento de modalidades de ejercicio físico de interés público*”, “*Régimen de las competiciones deportivas oficiales de ámbito autonómico calificadas de oficio*”, “*Régimen de las competiciones deportivas oficiales de ámbito autonómico calificadas a propuesta de una federación deportiva de Castilla-La Mancha*”, “*Disposiciones comunes a las competiciones deportivas oficiales*”, “*Régimen de las competiciones deportivas populares*” y “*Régimen de las actividades físico recreativas*”.

El capítulo II, bajo el título “*La actividad física y el deporte en edad escolar*”, contiene los artículos 15, sobre “*Actividad física y deporte en edad escolar*”, y 16 rubricado “*Incentivos al personal docente participante en la actividad física y el deporte en edad escolar*”.

El capítulo III trata “*La actividad física y el deporte en la Universidad*”. Comprende los artículos 17 a 19, que regulan, respectivamente, “*Organización y práctica de la actividad física y el deporte en la universidad*”, “*Actividad física en la universidad*” y “*Deporte en la universidad*”.

El capítulo IV, “*Practicantes de la actividad física y el deporte*”, engloba los artículos 20 a 25, y se dedican a la “*Consideración y tipología de deportistas*”, “*Derechos de los deportistas*”, “*Obligaciones de los deportistas*”, “*Deportistas de alto nivel y de alto rendimiento*”, “*Ayudas públicas y subvenciones a deportistas de Castilla-La Mancha*” y “*Derechos de formación*”.

El Título III, titulado “*De las entidades deportivas y su registro público*” se halla constituido por tres Capítulos, el segundo de ellos dividido, a su vez, en dos Secciones.

El capítulo I, sobre “*Las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha*”, contiene los artículos 26 a 44, bajo los títulos de “*Concepto, naturaleza y régimen jurídico*”; “*Autorización administrativa de la constitución*”; “*Constitución e inscripción en el Registro de Entidades Deportivas de Castilla-La Mancha*”; “*Régimen transitorio tras la constitución*”; “*Actividades propias*”; “*Funciones públicas delegadas*”; “*Régimen de tutela de la Junta de Comunidades*”; “*Licencias federativas e inscripción de clubes deportivos*”; “*Estructura orgánica y territorial*”; “*Órganos de gobierno de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha*”; “*Órganos de representación de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha*”; “*Órganos de gestión de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha*”; “*Órgano jurisdiccional de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha*”; “*Delegaciones provinciales de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha*”; “*Estatutos*”; “*Reglamentos*”; “*Régimen económi-*

co”; “Disolución”; y “Confederación de Federaciones Deportivas de Castilla-La Mancha”.

El capítulo II regula “Los clubes deportivos y las asociaciones de clubes deportivos”, y contiene a su vez dos Secciones.

La sección 1ª, dedicada a “Los clubes deportivos”, comprende los artículos 45 a 51, y se refieren a “Concepto, naturaleza y régimen jurídico”, “Constitución”, “Estatutos”, “Estructura orgánica y funcionamiento”, “Derechos y deberes de las personas asociadas”, “Régimen económico” y “Disolución”.

La sección 2ª, sobre “Asociaciones de clubes deportivos”, agrupa los artículos 52 a 58, bajo los títulos “Concepto, naturaleza y régimen jurídico”, “Constitución”, “Estatutos”, “Estructura orgánica y funcionamiento”, “Régimen económico”, “Disolución” y “Asociación a una federación deportiva de Castilla-La Mancha”.

El capítulo III se ocupa de “El Registro de Entidades Deportivas de Castilla-La Mancha”, y contiene los artículos 59 a 62: “Naturaleza, adscripción y función”; “Actos inscribibles, datos consignados y documentación depositada”; “Efectos de la inscripción”; y “Organización y funcionamiento”.

El Título IV, dividido a su vez en tres capítulos, trata “Del fomento de la formación, la cualificación profesional y la investigación en materia de actividad física y el deporte”.

El capítulo I se refiere a “El fomento de la formación en actividad física y deporte”. Comprende los artículos 63 a 66: “Enseñanzas deportivas de régimen especial”; “Formación de técnicos deportivos”; “Formación para la iniciación deportiva”; y “La Escuela de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha”.

El capítulo II, bajo el título “El fomento de la cualificación profesional en actividad física y deporte”, agrupa los artículos 67 a 70, referidos a “Distintivo de calidad sobre cualificación profesional en actividad física y deporte”; “Distintivo de calidad sobre cualificación profesional para entidades organizadoras de competiciones deportivas y actividades físico recreativas”; “Distintivo de calidad para entidades gestoras de infraestructuras para la actividad física y el deporte con personal cualificado”, y “Difusión y régimen de utilización del distintivo de calidad sobre cualificación profesional en actividad física y deporte”.

El capítulo III, sobre “El fomento de la investigación en materia de la actividad física y el deporte”, contiene tan sólo el artículo 71, dedicado a “La investigación en materia de la actividad física y el deporte”.

El Título V se ocupa “*De las infraestructuras para la actividad física y el deporte*”, y tiene a su vez tres capítulos.

El capítulo I, “*Disposiciones comunes*”, contiene los artículos 72 a 74, sobre “*Concepto y clasificación*”; “*Infraestructuras para la actividad física y en deporte en centros educativos*”; “*Censo de infraestructuras para la actividad física y el deporte de Castilla-La Mancha*”.

El capítulo II, “*Planificación de infraestructuras para la actividad física y el deporte*”, agrupa los artículos 75 a 77; “*Aprobación del plan director de infraestructuras para la actividad física y el deporte*”; “*Contenido del plan director de infraestructuras para la actividad física y el deporte*”; y “*Efectos del plan director de infraestructuras para la actividad física y el deporte*”.

El capítulo III, sobre “*Régimen de construcción y funcionamiento de las infraestructuras para la actividad física y el deporte*”, sólo contiene el artículo 78, que se refiere a la “*Normativa básica de construcción y funcionamiento de las infraestructuras para la actividad física y el deporte*”.

El Título VI trata “*Del Consejo de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha*”, y contiene los artículos 79 a 84: “*Naturaleza*”, “*Adscripción*”, “*Estructura*”, “*Composición del Pleno*”, “*Funciones del Pleno*” y “*Régimen de funcionamiento del Pleno*”.

El Título VII, “*De la protección de la salud, la lucha contra el dopaje y la prevención de la violencia y la intolerancia en la actividad física y el deporte*”, contiene a su vez dos capítulos.

El capítulo I, bajo el título “*La protección de la salud y la lucha contra el dopaje en la actividad física y el deporte*”, agrupa los artículos 85 a 92, dedicados a “*Política de protección de la salud en la práctica de la actividad física y el deporte*”; “*Política de prevención, control y sanción en materia de dopaje*”; “*Ámbito subjetivo, control y sanción en materia de dopaje*”; “*Ámbito objetivo de la política de prevención, control y sanción en materia de dopaje*”; “*Planificación de las acciones de prevención, control y sanción en materia de dopaje*”; “*Régimen de infracciones y sanciones en materia de lucha contra el dopaje*”; “*Aplicación supletoria de la legislación estatal en materia de lucha contra el dopaje*”; y “*Sistema de información con la Administración General del Estado*”.

El capítulo II, sobre “*La prevención de la violencia y de la intolerancia en la actividad física y el deporte*”, recoge los artículos 93 y 94, sobre “*Seguridad en competiciones deportivas, actividades físico recreativas e infraestructura para la actividad física y el deporte*” y “*Política en materia de prevención y lucha*”.

contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en la actividad física y el deporte”.

El Título VIII, *“De la jurisdicción en materia de actividad física y deporte”*, contiene el artículo 95, sobre el *“ámbito de aplicación de la jurisdicción en materia de la actividad física y el deporte”*, y seguidamente cuatro capítulos.

El capítulo I, que comprende los artículos 96 a 107, se denomina *“De la potestad administrativa sancionadora en materia de actividad física y deporte”*. Dichos preceptos se refieren a: *“Régimen legal aplicable”*; *“Sujetos responsables, procedimiento y obligación de colaboración”*; *“Infracciones muy graves”*; *“Infracciones graves”*; *“Infracciones leves”*; *“Sanciones por infracciones muy graves”*; *“Sanciones por infracciones graves”*; *“Sanciones por infracciones leves”*; *“Graduación de las sanciones”*; *“Ingresos por sanciones de carácter pecuniario”*; *“Prescripción de infracciones y sanciones”*; y *“Órgano competente”*.

El capítulo II, *“De la Disciplina deportiva”*, contiene a su vez el artículo 108, *“Ámbito material de la disciplina deportiva”*, y dos secciones.

La sección 1ª, sobre el *“Régimen disciplinario de infracciones a las reglas del juego y la competición”*, agrupa los artículos 109 a 116, titulados *“Ámbito subjetivo y objetivo”*, *“Órganos competentes”*, *“Procedimiento”*, *“Infracciones”*, *“Sanciones”*, *“Principios de aplicación al catálogo de infracciones y sanciones”*; *“Causas modificativas y extintivas de la responsabilidad”*; y *“Prescripción de infracciones y sanciones”*.

La sección 2ª se denomina *“Régimen de infracciones a la convivencia deportiva”*, y engloba los artículos 117 a 126, con el siguiente contenido: *“Ámbito subjetivo y principios aplicables”*; *“Órganos competentes”*; *“Sujetos responsables, procedimiento y obligación de colaboración”*; *“Infracciones muy graves”*; *“Infracciones graves”*; *“Infracciones leves”*; *“Sanciones por infracciones cometidas por cualquier persona física con licencia federativa autonómica o entidad inscrita en una federación deportiva de Castilla-La Mancha”*; *“Sanciones por infracciones cometidas por personas físicas que sean titulares o miembros de un órgano de gobierno de una federación deportiva de Castilla-La Mancha”*; *“Causas modificativas y extintivas de la responsabilidad”*; y *“Prescripción de infracciones y sanciones”*.

El capítulo III se ocupa *“De la tutela de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha”*, agrupando los artículos 127 y 128, que tratan de la *“Tutela del ejercicio de las funciones públicas delegadas de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha”*, y de *“La vigilancia de los procesos electorales de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha”*.

El capítulo IV, bajo la rúbrica *“Del arbitraje y la resolución extrajudicial de conflictos en la actividad física y el deporte”*, contiene el artículo 129, dedicado al *“Ámbito del arbitraje en materia de la actividad física y el deporte”*.

El Título IX se ocupa de *“El Comité de Justicia Deportiva de Castilla-La Mancha”*. Agrupa los artículos 130 a 144, que se refieren a: *“Naturaleza”*, *“Composición”*; *“Designación de los miembros”*; *“Ámbito competencial”*; *“Procedimientos de emisión de informes”*; *“Procedimientos sancionadores”*; *“Procedimientos en vía de recurso contra resoluciones en materia de disciplina deportiva relativa a infracciones de las reglas del juego y la competición”*; *“Procedimientos en vía de recurso contra resoluciones en materia de disciplina deportiva relativa a infracciones a la convivencia deportiva”*; *“Procedimientos en vía de recurso contra la actividad de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha en ejercicio de las funciones públicas delegadas”*; *“Procedimiento de reclamación contra las resoluciones dictadas por las juntas electorales de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha”*; *“Procedimientos en vía de recurso contra el reglamento electoral y la convocatoria de proceso electoral de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha”*; *“Procedimientos de arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos”*; *“Funcionamiento interno”*; *“Tasas y precios públicos”*; *“Dietas e indemnizaciones”*.

La disposición adicional primera prevé el *“Régimen de homologación por federaciones deportivas de licencias federativas autonómicas previo a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 32.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte”*.

La disposición adicional segunda se refiere al *“Régimen específico de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha integradas por personas con discapacidad”*.

La disposición adicional tercera contempla el *“Consejo de la Actividad Física de Castilla-La Mancha y Comité de Justicia Deportiva de Castilla-La Mancha”*.

La disposición transitoria primera se dedica a la *“Adaptación de las entidades inscritas en el Registro de Entidades Deportivas de Castilla-La Mancha”*.

La disposición transitoria segunda se ocupa de los *“Procedimientos administrativos en tramitación”*.

La disposición derogatoria única deja sin vigencia expresamente la Ley 1/1995, de 2 de marzo, del Deporte de Castilla-La Mancha, estableciendo asimismo que *“hasta la aprobación de las disposiciones reglamenta-*

rias de desarrollo de esta ley, continuarán en vigor las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la Ley 1/1995, de 2 de marzo, del Deporte en Castilla-La Mancha, en todo aquello que no se opongan a esta ley”.

La disposición final primera se refiere a los *“Procesos electorales de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha siguientes a la entrada en vigor de esta Ley”*.

La disposición final segunda habilita al Consejo de Gobierno para el *“Desarrollo reglamentario”* de la norma legal.

La disposición final tercera fija la *“Entrada en vigor”* de la norma a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

En tal estado de tramitación V. E. dispuso la remisión del expediente con carácter urgente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 30 de enero de 2015.

Décimo octavo. Memoria económica.- Con fecha 5 de febrero de 2015 fue remitida por correo electrónico a este Consejo Consultivo, la memoria económica del impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas, suscrita por el Director General de Deportes de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes.

En el referido documento, después de transcribir el artículo 25.3, 4 y 5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local, según su redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, y los artículos 6 y 7 del anteproyecto de ley, referidos a las competencias que en materia de deportes se atribuyen a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos de la región, se afirmaba que, respecto de la atribución de competencias, *“el anteproyecto no marca ningún compromiso de gasto, ya que en todo momento se utiliza el concepto “procurarán” en vez del de “deberán”, lo que permitirá ejecutar los programas y actuaciones que las competencias definidas en el anteproyecto establece [sic] siempre que exista la disponibilidad presupuestaria adecuada para su puesta en acción”*. Asimismo, sostiene la memoria que el desarrollo de las actividades incluidas en el Plan de la Actividad Física y el Deporte en Edad Escolar no supone un incremento en el presupuesto ordinario de los Ayuntamientos, toda vez que tales actividades se realizan en instalaciones deportivas municipales cedidas por las Corporaciones Locales. Se contiene también una referencia al censo de infraestructuras para la actividad física y el deporte, rechazando que su elaboración suponga un incremento de gasto, por no suponer la crea-

ción de un registro público, ni comportar cargas administrativas para los ciudadanos, y centralizarse en la Consejería competente en materia de deportes.

Concluye la memoria señalando que el anteproyecto de Ley no supone carga financiera ni presupuestaria alguna para los Ayuntamientos y Diputaciones de la región, *“pues su participación en las políticas públicas que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha promueva en la materia de actividad física y el deporte en el marco de la futura ley será totalmente voluntaria. Basta con la lectura de los artículos 3, 4, 5, 6, 7 (ya citados), 75 y siguientes (relativos a la planificación de infraestructuras) para darse cuenta que el espíritu de la futura norma es la de que los entes locales participen voluntariamente en la planificación y desarrollo de la actividad física y deportiva que realice la Junta de Comunidades”*.

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 la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha, con invocación de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en cuyo apartado 3 se establece que este último órgano deberá ser consultado *“en los siguientes asuntos: [] [...] 3.- Anteproyectos de Ley”*.

De acuerdo con dicha disposición, procede emitir el presente dictamen con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- El procedimiento de elaboración de una norma de rango legal impulsada desde el poder ejecutivo ha de ajustarse a lo previsto en el artículo 35 de la citada Ley 11/2003, de 25 de septiembre, regulador del ejercicio de la iniciativa legislativa por parte del Consejo de Gobierno. Este artículo 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 encuentra formulado tal precepto dejan a 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, recayendo en las Cortes Regionales, finalmente, la decisión sobre el grado de suficiencia de los mismos.

En el expediente sometido a consulta queda acreditado que, conforme a lo señalado en el citado precepto, el Consejo de Gobierno, en su reunión de 29 de enero de 2015, tomó en consideración el anteproyecto de Ley de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha, acordando su remisión a este Consejo Consultivo para la emisión de su dictamen.

En cuanto al resto de las actuaciones desarrolladas previamente, que ya han sido descritas en antecedentes, cabe señalar su general y adecuada orientación hacia la operatividad del procedimiento desarrollado, siendo de destacar la articulación de un trámite de información pública, como instrumento directo de participación de los sectores sociales eventualmente concernidos por la iniciativa, que ha propiciado la formulación de alegaciones al contenido del texto proyectado. Dicho trámite se ha configurado mediante la inserción de anuncio en el tablón de edictos electrónico de la Junta de Comunidades durante un período de veinte días dentro del que los interesados podrían consultar el expediente y formular alegaciones, lo que se hizo público, asimismo, en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

En el expediente se ha plasmado con claridad meridiana, a través de sendos informes emitidos por el Director General de Deportes, las observaciones apuntadas de los diferentes ámbitos y la justificación del tratamiento dado a las mismas.

Se incluyen además los informes emitidos por el Consejo Regional de Municipios, en ejercicio de la función atribuida en el artículo 77.

a) de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha; por la Secretaria General de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, en el que, entre otros aspectos, se valora el impacto de género en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha y por la Directora General de Presupuestos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015.

Entre la documentación remitida figuran los diversos borradores de la norma que se han ido elaborando durante la sustanciación del procedimiento, lo que ha permitido conocer la evolución del contenido de los diferentes preceptos del anteproyecto en orden a las aportaciones que sucesivamente se iban incorporando y que reflejan la valoración que desde la Consejería promotora se iba haciendo de las mismas.

Ahora bien, debe advertirse sobre la falta de intervención del Consejo Regional de Provincias, órgano cuya participación en el proceso normativo deriva de lo dispuesto en el artículo 18, apartados a) y c) de la Ley 2/1991, de 14 de marzo, de Coordinación de Diputaciones, dada la visible incidencia de varias de las previsiones legales proyectadas sobre la esfera competencial y funcional de las Diputaciones Provinciales.

En cualquier caso, procede remitirse a lo que este Consejo viene señalando reiteradamente respecto del alcance relativo a las carencias producidas en los procedimientos de elaboración de normas de rango legal, insistiendo en que, una vez que el Consejo de Gobierno ha tomado en consideración el texto redactado, con *“apreciación de qué antecedentes o trámites concretos son precisos para la elaboración de una disposición de este rango, [...] [es a] las Cortes Regionales, en última instancia, a quienes corresponde apreciar la suficiencia o carencia de los mismos”* -dictamen 33/2010, de 17 de marzo, entre otros muchos-.

Merece especial atención la memoria económica del impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas, que ha sido remitida a este Consejo con posterioridad a la remisión del expediente y cuya omisión fue puesta de manifiesto en último extremo por el Gabinete Jurídico. Con la aportación de la memoria económica pretende salvarse el preceptivo trámite del artículo 25.4 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, que fue introducido *ex novo* por la modificación operada en esta por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local,

para los supuestos de aprobación de Leyes que, como es el caso de la que nos ocupa, determinan las competencias propias municipales. Sin embargo, el documento incorporado no cumple las exigencias de contenido impuestas por dicho precepto, desde el momento en que parte de una interpretación errónea tanto de los artículos del anteproyecto que atribuyen las competencias a las Entidades Locales como de la propia literalidad de otros que son citados en la misma memoria económica.

Establece el referido artículo 25.4 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local que *“La Ley a que se refiere el apartado anterior (de determinación de las competencias municipales) deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad. La Ley debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas. [] Los proyectos de leyes estatales se acompañarán de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten los criterios antes señalados”*.

Se alude en la memoria económica presentada al artículo 74 del anteproyecto, en el que se prevé la creación de un censo de infraestructuras para la actividad física y el deporte, señalando la memoria que no implica la creación de un registro público sino más bien de un servicio de recopilación de datos de naturaleza estadística que se centralizará en la Consejería competente en materia de deportes, motivo por el cual no supone incremento de gasto. Frente a tales afirmaciones, debe acudir al texto del anteproyecto, cuyo artículo 5.25 establece como competencia propia de la Junta de Comunidades, no la elaboración, sino *“La regulación y gestión del Censo de Infraestructuras para la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha y la centralización de la información que deba incluirse en el mismo”*; mientras que su elaboración es atribuida únicamente a los Ayuntamientos por el artículo 7.1.g). La alegación de la memoria está enfocada a la gestión del censo de infraestructuras por la Administración Regional, no a su elaboración por los Ayuntamientos, cuestión respecto de la cual no se incorpora dato objetivo alguno que permita afirmar rotundamente la ausencia de gasto o de su incremento.

En el último párrafo se puntualiza que la aplicación del anteproyecto no supone carga financiera ni presupuestaria alguna para las Entidades Locales, pues su participación en las políticas públicas promovidas por la Junta de Comunidades en esta materia es voluntaria. Para dar fundamento a dicha voluntariedad se apela a los siguientes preceptos

del texto examinado, de los cuales este órgano consultivo no ha podido deducir tal carácter voluntario:

- El artículo 3, establece los principios generales que regirán, con carácter imperativo, la promoción, ordenación, organización y regulación de la actividad física y el deporte. En él la única nota de voluntariedad se establece en su apartado 3, respecto de la práctica de la actividad física y el deporte por los ciudadanos. Dice expresamente “*La práctica de la actividad física y el deporte tendrá carácter voluntario para la ciudadanía*”.

- Los artículos 5, 6 y 7 contienen la atribución de competencias que, en materia de actividad física y deporte, se hace a las diferentes Administraciones, regional y local. Esta atribución de competencias por vía legal carece de la más mínima nota de voluntariedad, pues su ejercicio es irrenunciable. La Administración no puede decidir si ejercitar o no una competencia que le ha sido atribuida por ley, porque en este último caso (su no ejercicio) la propia competencia queda vacía de contenido, deviniendo innecesaria, no sólo su atribución, sino también su regulación.

- Respecto de los artículos 75 y siguientes del anteproyecto, reguladores de la planificación de infraestructuras, no se encuentra motivo alguno para apreciar el carácter voluntario de la participación de las Entidades Locales en su elaboración, aprobación y cumplimiento.

Como conclusión a los argumentos anteriores, sobre la memoria económica incorporada al expediente, consideramos que, al tiempo de ser examinada por este órgano, no cumple las exigencias de contenido impuestas por el artículo 25.4 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local, de obligado cumplimiento en cuanto legislación básica estatal. Ello no obsta a que sea completada en los términos impuestos por el referido precepto, antes de su elevación a las Cortes Regionales para su oportuna aprobación, en cuanto que del artículo 25.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, no parece desprenderse que la ausencia de memoria económica sea un trámite insalvable durante la tramitación del anteproyecto de Ley, aunque sí parece imponerlo para su aprobación y conversión en Ley, cuando dispone “*la ley (...) deberá ir acompañada de una memoria económica*”. Por tanto, para que la futura Ley sea aprobada con todas las garantías de legalidad necesarias, antes de su elevación a Cortes deberá completarse la memoria económica que imperativamente debe acompañarla, en los términos expuestos por el citado artículo 25.4.

Cabe señalar que el expediente dispone de un índice numerado de los documentos que lo conforman, encontrándose cronológicamente

ordenado y foliado, lo que ha facilitado su examen y toma de conocimiento.

Culmina la tramitación con la solicitud del dictamen del órgano consultivo, la cual ha sido *formulada “con carácter urgente con la finalidad de remitir el proyecto de Ley a las Cortes Regionales para su tramitación y, en su caso, aprobación”*, debiendo señalar que el acortamiento del plazo en la emisión del dictamen supone una merma en la garantía de acierto, tanto en las consideraciones que formula el dictamen, cuanto en la posibilidad de que sus observaciones sean debidamente atendidas en el texto resultante que vaya a convertirse en proyecto de ley.

III

Marco competencial y normativo.- La iniciativa legislativa que se somete a dictamen, atendiendo a lo que según su articulado constituye su objeto, esto es el establecimiento del régimen jurídico de la actividad física y el deporte en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, parte de los preceptos constitucionales que hacen mención al deporte: el artículo 43 en el que se viene a definir la posición de los poderes públicos frente a esta actividad, y el artículo 148.1.19^a en el que se establece la posibilidad de que la materia deporte constituya una de las competencias que las Comunidades Autónomas podrán atribuirse como propias a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, lo que se ha llevado a efecto, aunque con diferentes matices, por la totalidad de los Estatutos de Autonomía, considerándolas como exclusivas.

Aún cuando la promoción del deporte se configura para el bloque de constitucionalidad como una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, sobre ella inciden, por la propia complejidad del fenómeno deportivo y por las múltiples facetas del mismo que entran en conexión directa con otras materias, como puede ser la sanidad, la educación o la seguridad pública, multiplicidad de títulos competenciales concurrentes, a los que posteriormente se aludirá, que impiden considerar al deporte como una materia de estricta competencia autonómica.

El examen de la competencia autonómica para abordar el anteproyecto de Ley objeto de dictamen, ha de partir de la previsión contenida en el artículo 31.1.19^a de su Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de *“Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio”*. Junto a este título principal que legitima sobradamente la actuación del legislador en la materia, no

pueden dejar de citarse otros títulos competenciales autonómicos con incidencia en distintos aspectos que son también objeto de regulación en la iniciativa legislativa sometida a dictamen. Así con carácter exclusivo pueden citarse la competencia en materia de “*Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*”, en relación con las previsiones del anteproyecto sobre planificación y ordenación de las infraestructuras para la actividad física y el deporte -artículo 31.1.2^a-; “*Espectáculos públicos*”, en relación con el régimen de las competiciones deportivas y actividades físico recreativas -artículo 31.1.23^a-; o “*Procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia*”, habida cuenta que el anteproyecto cuenta con numerosos preceptos de índole procedimental relacionados con la denominada “*jurisdicción en materia de actividad física y deporte*” -artículo 31.1.28^a-. Cabe citar además como competencias de desarrollo legislativo y ejecución en el marco de lo que establezca la legislación básica del Estado, la de “*Régimen Local*” -artículo 32.1- en relación con el elenco de competencias que contempla el anteproyecto tanto de Diputaciones Provinciales como de Ayuntamientos de Castilla-La Mancha; “*Sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud*”, -artículo 32.2- en conexión con las disposiciones del anteproyecto dedicadas a la protección de la salud y la lucha contra el dopaje; o “*Defensa del consumidor y usuario*” -artículo 32.6-, en relación con la regulación referida a los derechos y obligaciones de los deportistas. Debe asimismo hacerse mención a la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza “*en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que [...] lo desarrollen*” -artículo 37.1- en relación con las disposiciones referidas al fomento de la formación en actividad física y deporte. Finalmente debe citarse la función ejecutiva que ostenta la Comunidad Autónoma, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, en materia de “*Asociaciones*” -artículo 33.2- en conexión con la regulación de las asociaciones de clubes deportivos.

Admitida la competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para abordar la iniciativa legislativa que se somete a dictamen procede advertir que tal competencia habrá de cohonestarse necesariamente con la ejercida por el Estado en el ámbito de las competencias que le están reservadas con carácter exclusivo por la Constitución, y que inciden sobre la materia objeto de regulación. En este sentido, el reconocimiento de la competencia del legislador estatal sobre el deporte ha sido proclamado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 80/2012, de 18 de abril y 110/2012 de 23 de mayo, señalando en la primera de ellas que “[...] *el hecho de que la Comunidad*

Autónoma del País Vasco ostente la competencia exclusiva sobre la materia de deporte, de acuerdo con el art. 10.36 EAPV, y que el Estado carezca de un título competencial constitucional específico no significa, no obstante, que el Estado no pueda intervenir, en concurrencia con las Comunidades Autónomas, en la regulación del deporte. La propia «realidad» poliédrica de la materia deportiva determina necesariamente el entrecruzamiento de títulos competenciales, la concurrencia de la actuación de las diversas Administraciones públicas -estatal, autonómica y local- en las diferentes facetas sobre las que se proyecta la actividad deportiva (salud, educación, cultura, investigación, educación física, profesiones reguladas o legislación mercantil, por ejemplo) que exigen en algunos casos, una actuación supraautonómica, por requerir de un enfoque global y no fragmentado, o de la coordinación de diversas actuaciones, o por tratarse de actuaciones en las que la materia de deporte se entronca con otra materia atribuida competencialmente al Estado (por ejemplo, la especial vinculación del deporte con la salud (SSTC 194/1998, de 1 de octubre [RTC 1998,194], F.7). Como señalamos en la STC 16/1996, de 1 de febrero (RTC 1996,16), «el Estado ostenta competencias sobre determinadas materias, singularmente educación y cultura, que pueden incidir también sobre el deporte; todo ello sin perjuicio de las competencias específicas que la Ley 10/1990 (RCL 1990,2123 y RCL 1991,1816), del Deporte, atribuye al Estado, en especial de coordinación con las Comunidades Autónomas respecto de la actividad deportiva general y apoyo, en colaboración también con las Comunidades Autónomas, del deporte de alto nivel». [F.2 C) t)]”.

Cabe referirse así, a las siguientes competencias estatales exclusivas que legitiman su intervención en materia deportiva: “Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas” -artículo 149.1.7^a-; “Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos” -artículo 149.1.16^a-; “Seguridad pública” -artículo 149.1.29^a-; “Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales” -artículo 149.1.30^a-. Finalmente, la propia consideración del deporte como una manifestación cultural permite asegurar la intervención del Estado al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.2 para “facilitar la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas”.

En desarrollo de tales títulos competenciales, y pasando ya a un plano normativo debe hacerse referencia en primer término a la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, Ley que se aprobó con el objeto de proceder a “la ordenación del deporte, de acuerdo con las competencias que corresponden a la Administración del Estado” (artículo 1), y a la coordinación “con las Comunidades Autónomas y en su caso, con las Corporaciones Locales [de] aquellas [otras competencias] que puedan afectar, directa y manifiestamente, a los intereses generales del deporte en el ámbito nacional” (artículo 2).

Como modificaciones más relevantes operadas en dicha Ley cabe citar la llevada a cabo por la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, que fue dictada por el Estado al amparo de los títulos competenciales que le corresponden en relación con la organización del deporte federado estatal en su conjunto, y del artículo 149.1.29^a (disposición final primera), y que derogó varios preceptos incluidos en sus Títulos IX “*Prevención de la violencia en los espectáculos deportivos*”, y XI “*La disciplina deportiva*”; así como por la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, dictada, la mayor parte de sus preceptos, al amparo del artículo 149.1.16^a de la Constitución (disposición final primera), y que afectó a materias tales como las reguladas en el Título VII de la citada Ley 10/1990, de 15 de octubre, regulador del “*Control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva*”. El contenido de ambas disposiciones, en tanto en cuanto ha sido dictado por el Estado en el ejercicio de competencias exclusivas, habrá necesariamente de ser respetado en la regulación que el anteproyecto de Ley aborde sobre las mismas materias.

Cabe asimismo referirse a la última de las modificaciones que han afectado a la Ley estatal del Deporte, llevada a cabo por la reciente Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, que modificó el artículo 32 de la misma implantando una licencia deportiva única que una vez obtenida habilita a su titular para participar en cualquier competición oficial, cualquiera que sea su ámbito territorial, atribuyendo la expedición de las mismas a las federaciones deportivas de ámbito autonómico.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma debe comenzarse haciendo mención a la Ley que es actualmente predecesora de la que es objeto de dictamen, esto es la Ley 1/1995, de 2 de marzo de Deportes de Castilla-la Mancha, que fue modificada parcialmente por la Ley 12/2003, de 6 de noviembre; Ley que fue aprobada, según reza su Exposición de Motivos, con el objeto principal de “[...] *amparar los derechos de los practicantes del deporte, garantizar la idoneidad de las condiciones de esta práctica y mejorar su calidad en todos los aspectos y niveles, asegurar los principios de democracia, representatividad, transparencia y eficacia de las entidades deportivas, fomentar su consolidación y crecimiento, velar por los aspectos éticos y los valores del deporte en todos los ámbitos de su práctica, muy especialmente en el desarrollo de las competiciones, coordinar y orientar cuantos esfuerzos desde cualquier ámbito e instancia de la región se dediquen al deporte*”.

Dicha iniciativa, conforme también expresa su Exposición de Motivos, nació con la voluntad de configurarse como una “*Ley marco*”, que fija sobre todo principios y que confió al desarrollo de normas de rango inferior y de más ágil adecuación las especificidades de cada uno de los aspectos en ella recogidos. En este sentido cabe citar el Decreto 109/1996, de 23 de julio, por el que se regulan las Federaciones Deportivas; el Decreto 110/1996, de 23 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Deportivas; el Decreto 111/1996, de 23 de julio, por el que se regulan los Clubes Deportivos; el Decreto 159/1997, de 9 de diciembre, de Disciplina Deportiva; el Decreto 12/1998, de 17 de marzo, por el que se regula el Consejo Regional de Deportes, y su Comisión Deportiva; la Orden de 14 de abril de 2011, de la Consejería de Educación, Ciencia y Cultura, por la que se establecen los criterios y las condiciones para calificar a un deportista de alto rendimiento en Castilla-La Mancha, y la Orden de 28 de octubre de 1996, sobre Federaciones Deportivas, entre otras.

Finalmente, no puede dejarse de hacer mención a otras iniciativas legislativas autonómicas cuya regulación sobre ciertas materias -en concreto las referidas a la organización y celebración de competiciones deportivas y actividades físico recreativas- puede resultar concurrente con la que ahora se examina. Nos estamos refiriendo en concreto a la Ley 9/1999, de Conservación de la Naturaleza; la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha; y Ley 7/2011, de 21 de marzo, de Espectáculos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha.

IV

Sobre la opción de elaborar un nuevo texto legal en materia de deporte y el contenido del anteproyecto sometido a dictamen.- La primera y principal observación que hace el Consejo al anteproyecto remitido parte del examen del conjunto y del contenido de todo su texto. Dicho examen suscita de inmediato la problemática que plantea y las soluciones que ofrece la relación entre ley y reglamento ejecutivo de la ley. El más adecuado ordenamiento jurídico de un ámbito material tiene a su alcance la posibilidad de utilizar dos clases de normas, regidas por el criterio jerárquico, ley y reglamento. No hay otros límites infranqueables que la reserva de ley para ciertas materias -establecidas en la Constitución y en los Estatutos- y el sometimiento del reglamento a la ley a cuya ejecución ha de contribuir.

No existe en nuestro ordenamiento reserva de reglamento, es decir, una imposición dirigida al legislador para que no entre en materias que podría normar el Gobierno usando de su potestad reglamentaria, constitucionalmente reconocida. Sin embargo, la Constitución si dice textualmente que el gobierno “*ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria*”, está dando por hecho que esta no se hará materialmente imposible porque la ley no va a ocupar prácticamente todo el campo de lo normativizable, sino que va a dejar un espacio normativo a la potestad reglamentaria, con la única condición de que el ejercicio de la misma se haga “*de acuerdo con la Constitución y las leyes*”. Dicho de otro modo y en términos positivos: la ley y el reglamento, y especialmente en el campo del derecho administrativo, pueden colaborar en la creación de un conjunto normativo que resulte no solo constitucionalmente impecable sino también mejor conformado para garantizar su aplicación efectiva. La ley establece lo esencial, dotándolo de la estabilidad y permanencia que decida el legislador, que encarna la soberanía popular, y el reglamento complementa facilitando la ejecución de la ley al compás de la función ejecutiva que también corresponde al Gobierno.

En primer lugar, hay que resaltar, como se hace en la memoria de la iniciativa legislativa y en la propia Exposición de Motivos del anteproyecto, que se encuentra perfectamente justificada la necesidad de elaborar una nueva normativa reguladora de la materia de la actividad física y el deporte dado el tiempo transcurrido desde la aprobación de la actual Ley 1/1995, de 2 de marzo, del Deporte en Castilla-La Mancha, casi veinte años, durante los cuales el ámbito de la actividad física y el deporte ha evolucionado notablemente, no sólo desde el punto de vista de su práctica y consideración por los ciudadanos y profesionales, sino también desde el punto de vista de su promoción, organización y protección a través de políticas generales y particulares puestas en práctica por todos los públicos, tanto estatales como locales e internacionales. Todo ello justifica no solo la conveniencia, sino aun la necesidad de elaborar una nueva ley en lugar de proceder a una mera modificación de la actualmente vigente. La importancia y extensión de las modificaciones que habría que efectuar así lo aconseja. El Consejo Consultivo ya se ha pronunciado en este sentido con anterioridad, pudiéndose citar a tales efectos el dictamen 277/2013, de 5 de septiembre.

Desde esta perspectiva puede apoyarse la oportunidad de la iniciativa legislativa y el esfuerzo realizado en la elaboración del anteproyecto, máxime cuando ha quedado bien expuesto (tanto en la Memoria que funda la iniciativa como en la Exposición de Motivos) el papel claramente positivo que ha venido jugando la ley actualmente vigente y

que son las circunstancias, (unas sobrevenidas por factores externos a nuestra comunidad, otras producidas al amparo y bajo la influencia de la misma) las que plantean la necesidad de su sustitución por otra más acorde a la realidad actual.

Sin embargo, la necesidad de que se proceda a la elaboración de una nueva ley no conlleva ni la necesidad ni la conveniencia de elaborar como anteproyecto de ley un texto tan extenso y tan minucioso, con un afán de complitud, como es el que se ha sometido a dictamen urgente del Consejo Consultivo. Es claro, a tenor de una visión global del anteproyecto que este no solo ocupa ámbitos materiales de regulación más propios del reglamento que de la ley, sino incluso de detalles a los que alcanzarían las órdenes de la persona titular de la Consejería. En una materia en la que, además, se requiere una colaboración público-privada (cómo se refleja en la misma iniciativa del autor del anteproyecto y en su mismo texto) tal ocupación por la ley de un espacio que no le es exigible dificultaría la flexibilidad necesaria para un mejor cumplimiento de sus mandatos y medidas esenciales. Paradójicamente, en el texto del anteproyecto, incluso se hace, de vez en vez, un llamamiento al futuro desarrollo reglamentario de la ley. Este eventual y futuro desarrollo reglamentario devendría especialmente problemático, tanto por la escasez de espacio para el mismo como por las dificultades que regulaciones posteriores, más minuciosas aún, encontrarían para ajustarse a tan detallados preceptos de rango legal.

La Constitución en su artículo 9 garantiza junto al principio de legalidad, la jerarquía normativa. Y la seguridad jurídica, garantizada por el mismo artículo 9, no se desmerece si la materia a normar se ocupa mediante la potestad reglamentaria del Gobierno. Si hasta está prevista en la Constitución y en el propio Estatuto de Autonomía la delegación legislativa parece de razón que el ejercicio de la potestad legislativa por las Cortes deje un espacio a la potestad reglamentaria del Gobierno.

Como ya señaló este Consejo Consultivo en su dictamen 176/2010, de 15 de septiembre, dotar de rango legal a algunas medidas que no lo exigirían por no estar reservadas a la ley puede tener un aspecto positivo: dotar de permanencia y continuidad a las políticas públicas que establezcan; también podría decirse respecto a garantizar por ley determinados contenidos de derechos. Pero igualmente tiene un aspecto negativo que debe ser cuidadosamente valorado por el efecto que produce de congelación del rango y los derivados posteriormente de esta.

En este sentido, la “congelación de rango” afectaría a todo el contenido del anteproyecto que quedaría afectado por la reserva formal de ley, obligando a que en el futuro cualquier modificación o derogación de tal regulación debiera hacerse mediante norma con rango legal, por virtud del principio de primacía de la ley. La consecuencia que se produce es que ese campo ocupado por la ley no puede ya serlo por el reglamento. En definitiva, la restricción de la potestad reglamentaria se produce por el solo hecho de la previa regulación por norma, con rango de ley, de aspectos que razonablemente pueden quedar postergados al ejercicio de la potestad reglamentaria y de la función ejecutiva, y una vez que las Cortes han determinado lo que consideran esencial en la materia.

Estas consideraciones son específicamente pertinentes cuando el título competencial que principalmente se ejerce por el legislador autonómico es el de la promoción del deporte, y no el de los múltiples aspectos que concurren en el mismo.

En el anteproyecto examinado, se observa un exceso de contenido reglamentario, con una regulación en demasía detallada de la práctica totalidad de las materias. Más que facilitar la interpretación y aplicación de la futura ley, puede encorsetar su desarrollo. La finalidad de prever y regular toda incidencia que pueda surgir en su ámbito de aplicación, puede acabar generando más problemas que soluciones.

La Ley del Deporte 1/1995, de 2 de marzo, que se viene a derogar, en línea con la naturaleza propia de una ley, ya señaló en el apartado V de su Exposición de Motivos que con ella se pretende “*intentar una Ley lo suficientemente flexible que permita su vigencia en el tiempo, a salvo de la rápida, y no en todos sus aspectos fácilmente previsible evolución de la sociedad y, naturalmente, del deporte. Lo que ha venido en llamarse una Ley marco, que confíe al desarrollo de normas de rango inferior de más ágil adecuación las especificidades de cada uno de los aspectos en ella recogidos y que así lo necesiten*”. En este sentir, tras la aprobación de la citada Ley 1/1995, de 2 de marzo, fueron aprobadas diversas disposiciones reglamentarias de desarrollo de la misma, ya mencionadas en la consideración III.

Por el contrario, el texto estudiado aglutina toda la regulación de rango inferior en el anteproyecto, viniendo a convertirse más en un texto que refunde lo ya vigente y, anticipa en el texto de la ley lo que podría ser aprobado posteriormente, pero de modo inmediato, como reglamento.

A título ejemplificativo procede señalar algunos: los aspectos procedimentales del reconocimiento de las modalidades deportivas y de

ejercicio físico (artículos 8 y 9), del régimen de la competiciones deportivas oficiales (artículos 10, 11 y 12), reconocimiento y calificación de los deportistas de alto nivel y alto rendimiento, respectivamente (artículo 23), régimen de constitución de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha (artículos 27 y 28); normas referidas a las convocatorias de los procesos electorales de las federaciones deportivas (artículo 128); o los procedimientos en vía de recurso contra las resoluciones dictadas en materia de disciplina deportiva (artículo 136). En buena parte de los preceptos del anteproyecto se contiene además un apartado remitiendo al desarrollo reglamentario de su contenido tras haber efectuado una regulación minuciosa de requisitos, trámites e incluso plazos.

Cuando un cambio en las circunstancias obligue a introducir modificaciones en la organización, promoción, control y políticas administrativas, sería preferible no tener que acometer para ello una reforma de la ley. La estabilidad de esta también así lo demanda.

A la vista de los razonamientos anteriores, se sugiere revisar el texto del anteproyecto, y a fin de colaborar en esta tarea el Consejo expone, sin afán de ser el mejor criterio y a mero título de ejemplo, algunos de los contenidos que podrían ser postergados al reglamento. Así, dentro del **Título III, “De las entidades deportivas y su registro público”**, puede hacerse referencia al **capítulo I sobre “Las Federaciones deportivas de Castilla-La Mancha”**, en el que la regulación detallada relativa a los siguientes aspectos, deviene innecesaria desde el momento en que existe en el propio anteproyecto una remisión al desarrollo reglamentario del contenido concreto de los preceptos y de los trámites y plazos: la documentación que debe acompañarse a la solicitud de autorización de constitución; los criterios a tener en cuenta para estimar o desestimar la solicitud; los documentos y criterios de suficiencia necesarios para autorizar la constitución de una nueva federación procedente de la segregación de otra ya existente, o de la fusión de dos o más federaciones existentes; los acuerdos de constitución de la federación, así como diversos trámites y plazos de cumplimiento de los mismos en orden a la inscripción de aquella en el Registro de Entidades; el régimen transitorio tras la constitución de la federación; las condiciones generales del procedimiento para la expedición de licencias federativas; los detalles relativos a la composición, funciones y duración del mandato de los órganos de gobierno, representación y gestión de las federaciones; el contenido, aprobación y modificaciones de los estatutos y reglamentos de las federaciones; y el régimen de sus presupuestos.

De igual manera, en el **capítulo III**, regulador de “*El Registro de Entidades Deportivas de Castilla-La Mancha*”, el contenido de los asientos registrales, los documentos depositados en el Registro de Entidades Deportivas y los efectos de la inscripción, son materias que por su detalle conviene enmarcar en el ámbito reglamentario.

En todo caso, es al promotor de la iniciativa legislativa a quien corresponde la decisión de delimitar cuáles son los aspectos esenciales y con vocación de permanencia que deben ser incorporados a la ley, y en último término, pero más determinante aun, es a las propias Cortes a quien corresponde decidirlo.

V

Observaciones de carácter esencial al texto del anteproyecto.- Atendiendo al marco competencial delimitado en la consideración III, se analizan en la presente aquellos preceptos del articulado que merecen reparo esencial por las razones que seguidamente se exponen.

Artículo 30. Actividades propias.- El apartado 1.d) establece que “*las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha podrán realizar, entre otras que le reconozca esta ley, su desarrollo reglamentario y el resto del ordenamiento jurídico, las siguientes actividades propias: [...] d) Gestión y explotación de infraestructuras para la actividad física y el deporte de titularidad propia o de titularidad de cualquier persona física o jurídica, pública o privada*”, actividad que según el apartado 2 del mismo precepto, se realizará en régimen de derecho privado.

Por su parte el artículo 31 establece las funciones públicas que las federaciones deportivas ejercerán por delegación de la Junta de Comunidades, actuando para ello como sus agentes colaboradores. Sólo estas funciones delegadas están sometidas al régimen de tutela de la Junta de Comunidades, por virtud del artículo 32.

Por tanto, entre las funciones propias de las federaciones deportivas, el anteproyecto de ley incluye la gestión de infraestructuras de titularidad pública. Sin embargo, esta misma gestión es atribuida por los artículos 5.22, 6.4 y 7.1.e) a la Junta de Comunidades, a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos, respectivamente, en función de la titularidad autonómica, provincial o municipal de la infraestructura.

De ello se desprende que existe una importante contradicción entre los preceptos de la propia norma, puesto que la gestión de las infraestructuras deportivas de titularidad pública se atribuye como propia tanto a las diferentes Administraciones Públicas afectadas como a las federaciones deportivas.

Atendiendo a la naturaleza de las infraestructuras para la actividad física y el deporte de titularidad pública, acudimos a la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local y al Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Bienes de las Entidades Locales, cuyos artículos 79, y 1.1 y 4, respectivamente, permiten calificar aquellas como bienes demaniales de servicio público, cuya tutela y conservación constituyen una obligación impuesta a las Entidades Locales por el artículo 9.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que no puede abstraerse del ámbito deportivo por medio de una norma autonómica, pues ello contraría la norma estatal.

Como quiera que la gestión de las infraestructuras aparece atribuida en los artículos 5, 6 y 7 a las Administraciones Públicas, es factible su ejercicio por las federaciones deportivas, pero en régimen de delegación de funciones, o funciones públicas delegadas, como las denomina el anteproyecto, a fin de evitar que el patrimonio de la Administración autonómica y de las Entidades Locales escape al control y fiscalización de la Administración, con vulneración del régimen de tutela y defensa de su patrimonio por la Administración Pública y dejación de obligaciones por esta en el ejercicio de sus competencias.

Artículo 104. Graduación de las sanciones.- El concepto de reincidencia que se contempla en el **apartado 3** como criterio de graduación de las sanciones en materia de actividad física y deporte, y que se define como *“la comisión en el plazo de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, sancionada por resolución firme en vía administrativa”*, ha de adaptarse a la dicción empleada por el legislador básico estatal en el artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que define la reincidencia como *“la comisión en el plazo de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”*.

VI

Observaciones no esenciales.- Procede seguidamente efectuar otras observaciones, desprovistas de carácter esencial, atinentes a cuestiones de orden conceptual y de sistemática normativa suscitadas por

el texto del anteproyecto, cuya atención contribuiría a mejorar la regulación del contenido de la futura Ley en los concretos aspectos que seguidamente se exponen.

Exposición de motivos.- Al igual que el resto de la norma, su Exposición de Motivos es prolija, constituyendo más una memoria justificativa que una introducción de aquella, prueba de ello es que se reproducen párrafos íntegros de la memoria justificativa con la que se da comienzo al expediente de iniciativa legislativa. De esta manera se margina que el preámbulo de la ley al que ha de devenir la exposición de motivos puede constituir un instrumento de interpretación de la norma, y se acentúa en exceso la motivación de la misma. A esto no empece que, como ya se ha resaltado, es encomiable que una nueva ley parta de una valoración de la aplicación producida de la ley que deroga.

Según la directriz 12, de las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de junio de 2005, *“la parte expositiva de la disposición cumplirá la función de describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta. Si es preciso, resumirá sucintamente el contenido de la disposición, a fin de lograr una mejor comprensión del texto, pero no contendrá partes del texto articulado. Se evitarán las exhortaciones, las declaraciones didácticas o laudatorias y otras análogas”*.

Tales recomendaciones excluyen de su contenido la incorporación de datos de hecho innecesarios que no hacen a la aplicación de la norma y, desde luego, no aportan utilidad en la comprensión e interpretación del texto por parte de sus destinatarios, ya sean ciudadanos particulares, personas jurídicas, públicas o privadas, u operadores jurídicos. Tal es el caso del apartado II de la Exposición de Motivos, comprensivo de datos estadísticos sobre la práctica del deporte, los hábitos deportivos y saludables de la población castellano-manchega. Por este motivo, se recomienda la supresión de dicho apartado II, a fin de aligerar al texto de la norma de un contenido innecesario.

Por su parte, en el apartado III se pretende hacer un resumen de antecedentes normativos, pero tal pretensión queda en una alusión a la anterior Ley del Deporte (Ley 1/1995, de 2 de marzo), enumerando las cuestiones que por omisión o por novedad no se comprendían en su regulación. Sin embargo, se prescinde de mencionar toda la regulación de rango inferior dictada en desarrollo y ejecución de dicha Ley 1/1995, de 2 de marzo. Esta cuestión es de suma importancia, toda vez que la Disposición Derogatoria Única del anteproyecto, en su apartado 2, de-

clara “*en vigor las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la Ley 1/1995, de 2 de marzo, del Deporte en Castilla-La Mancha, en todo aquello en lo que no se opongan a esta ley*”, hasta la aprobación de las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la nueva ley.

En virtud de dicha disposición derogatoria, no debe olvidarse que aquellas disposiciones reglamentarias sectoriales que han sido relacionadas en la consideración III de este dictamen, igualmente integran el régimen jurídico a observar por los poderes públicos para dar efectividad a los mandatos de actuación que el anteproyecto les impone y que, en la medida en que se aparten o no se ajusten a las previsiones de la ley proyectada, precisarán de la necesaria modificación o derogación, a fin de lograr la obligada coherencia del ordenamiento jurídico, motivo por el cual, resultaría conveniente incorporar en este apartado III de la Exposición de Motivos, al menos, una sucinta relación de las disposiciones generales de ámbito autonómico que, desde la entrada en vigor de la Ley 1/1995, de 2 de marzo, han sido aprobadas en esta materia.

Título I. De las competencias administrativas en materia de actividad física y deporte.-

Artículo 5. Competencias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.- El apartado 3 de este artículo atribuye a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la titularidad de la siguiente competencia: “[...] *En su caso, y con respeto de las competencias que corresponden al Estado, al que se mantendrá informado en este sentido, la representación oficial del deporte de Castilla-La Mancha ante otros estados distintos del español y ante entidades privadas de carácter internacional*”.

La literalidad del precepto excede de la competencia que el artículo 31.1.19^a del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha atribuye con carácter exclusivo a la Junta de Comunidades: “*promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio*”. Una cosa es la representación ante organismos internacionales y otra muy distinta ante estados distintos del español, materia que entra dentro de las competencias exclusivas del Estado por formar parte del ámbito de las relaciones internacionales (artículo 149.1.3^a de la Constitución Española).

No obstante, siguiendo una tendencia menos rigorista en esta materia, resulta conveniente escapar de la interpretación literal del término “*representación del deporte*” como una actividad institucional, debiendo enfocarse al ámbito de las competiciones deportivas, respecto de las cuales, la competencia atribuida a la Junta de Comunidades en el artículo 5.3, se compadece mal, por duplicidad, con las funciones y

facultades de las federaciones deportivas, en su condición de máximas garantes y representantes de los deportistas castellano-manchegos frente a las federaciones estatales, y de estas frente a las de ámbito internacional, toda vez que las federaciones deportivas de ámbito autonómico se integran en las federaciones deportivas españolas correspondientes para la participación de sus miembros en actividades o competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal o internacional, por lo que ningún sentido tiene hablar de la representación directa del deporte de la región, ya sea por parte de la Junta de Comunidades, ya sea por parte de las federaciones deportivas autonómicas, en actividades o competiciones nacionales o internacionales, en las que la representación es asumida por las federaciones estatales de sus respectivos ámbitos deportivos.

Este giro interpretativo hacia la representación en las competiciones deportivas oficiales tiene su reflejo en las funciones públicas cuyo ejercicio es delegado por la Junta de Comunidades en las federaciones deportivas, previsto en el artículo 31.1.d) del anteproyecto.

Por tanto, sin entrar en el campo de las competencias exclusivas del Estado en materia de relaciones internacionales, se recomienda que se de una nueva redacción al precepto en el sentido de expresar que la representación del deporte de la Comunidad Autónoma se ejerce ante organismos internacionales, sin perjuicio de las competencias de la Administración General del Estado.

Título II. De la práctica de la actividad física y el deporte.-

En este título son dignos de especial mención algunos de los preceptos relativos al régimen organizativo de la actividad física y el deporte (capítulo I), la actividad física y el deporte en edad escolar (capítulo II), y deportistas de alto nivel (capítulo IV).

Artículo 11. Régimen de las competiciones deportivas oficiales de ámbito autonómico calificadas a propuesta de una federación deportiva de Castilla-La Mancha.- El apartado 1 exige como requisitos, para que una competición deportiva propuesta por una federación deportiva pueda ser calificada como oficial, entre otros, que en ella *“participen deportistas con licencia expedida o reconocida por la federación deportiva autonómica”*, no obstante, también permite la participación de *“deportistas sin licencia expedida o reconocida por ella”* (apartado b). De la dicción del precepto parece deducirse que pueden participar en dichas competiciones deportivas, deportistas sin licencia o con licencia no expedida por la federación titular de la competición, quedando los mismos además excluidos del régimen disciplinario deportivo, puesto que

permanecen al margen de la previsión contenida en el apartado 6 del mismo artículo, al establecer que “*sus participantes* (de las competiciones deportivas oficiales calificadas a propuesta de una federación deportiva autonómica) *con licencia federativa expedida o reconocida quedarán sometidos a su régimen disciplinario deportivo*”.

Es decir, de un lado resulta confuso el requisito de participación y de otro se incluye en el régimen disciplinario de la competición sólo a quienes estén en posesión de licencia federativa. De lo anterior debe llegarse a la conclusión de que, tratándose de una competición oficial, es requisito ineludible la posesión de licencia federativa, ya sea expedida por la propia federación deportiva titular de la competición, ya sea expedida por otra federación distinta pero reconocida por aquella. Sólo en este sentido puede entenderse la referencia al régimen disciplinario y el sometimiento a él de quienes han participado en la competición con “*licencia federativa expedida o reconocida*”, pues de otra manera se estaría imponiendo un criterio de desigualdad, favorecedor de aquellos que, careciendo de licencia federativa y participando en competiciones oficiales, adoptasen conductas contrarias a las reglas del juego y de la propia competición, y contradictorio con el ámbito material de la disciplina deportiva previsto en el artículo 108.1 del anteproyecto, extensivo a cualquier persona y entidad participante en una competición deportiva oficial.

A fin de evitar la aplicación desigual de la norma y la contradicción con el ámbito material del régimen disciplinario, se sugiere perfilar la redacción del precepto, de tal manera que resulte claramente que los participantes deberán contar con licencia federativa expedida por la federación titular de la competición o por otra federación, y teniendo en cuenta, en todo caso que por virtud de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, se modificó el artículo 32 de la Ley del Deporte estatal, en el sentido de implantar una licencia deportiva única que una vez obtenida habilita a su titular para participar en cualquier competición oficial.

Artículos 12, 13 y 14. Disposiciones comunes a las competiciones deportivas oficiales. Régimen de las competiciones deportivas populares. Régimen de las actividades físico recreativas.- En estos preceptos se contienen las disposiciones comunes a las competiciones deportivas oficiales, el régimen de las competiciones deportivas populares y el régimen de las actividades físico recreativas. En todos ellos se establecen unos requisitos de obligado cumplimiento para que pueda llevarse a cabo su celebración. Sin embargo, en ellos se obvia que la actuación de las Administraciones Públicas encuentra su límite en el

ámbito territorial de sus competencias, por virtud del principio de territorialidad, puesto que aquellos requisitos reglados pretenden exigirse no sólo respecto de las competiciones o actividades que se celebren en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sino también respecto de aquellas que se celebren sólo parcialmente en dicho territorio (artículos 13.1 y 14.1). De la misma manera se establece la prioridad en los programas de ayudas y subvenciones públicas de la Junta, respecto de la organización de competiciones deportivas oficiales de ámbito superior al autonómico (artículo 12.6).

Partiendo de la máxima de que las disposiciones de las Comunidades Autónomas tendrán aplicación sólo en su territorio y sólo en su ámbito de competencias, se recomienda suprimir en estos artículos las referencias a actos, actuaciones o regulación de competiciones deportivas, actividades físico recreativas y/o programas de ayudas y subvenciones cuyos efectos se extiendan más allá del territorio de la Comunidad Autónoma.

Artículo 15. Actividad física y deporte en edad escolar.- Se refiere este artículo a la actividad física y el deporte en edad escolar, tanto en horario lectivo como no lectivo, cuya programación anual *“deberá contemplar, al menos, actuaciones orientadas a la consecución de los siguientes objetivos: [] a) Búsqueda de la excelencia en las modalidades deportivas que se incluyan en la oferta de cada curso escolar a través del perfeccionamiento de la técnica, la táctica y las cualidades físicas de los escolares, promoviendo el acceso a una práctica deportiva orientada hacia el rendimiento y la superación de objetivos deportivos”*. Este objetivo parece más orientado al deporte federado, aunque sea en edad escolar, que a la educación física como asignatura dentro de los programas escolares correspondientes a cada ciclo de la educación, en cuanto por lógica excede de los estándares de exigencia impuestos en los programas de la asignatura. Por ello, se sugiere especificar a qué tipo de actividades, escolares o extraescolares, está orientado dicho objetivo, debiendo respetar en todo caso las disposiciones previstas en la legislación educativa.

Artículos 20 y 23. Consideración y tipología de deportistas. Deportistas de alto nivel y de alto rendimiento.- El apartado 2.c) del artículo 20, así como los apartados 1 y 6 del artículo 23 se ocupan de la tipología de los deportistas, concretamente de los deportistas de alto nivel, su reconocimiento y acreditación.

El artículo 20.2.c) clasifica los deportistas, por sus resultados, en deportistas de alto nivel o de alto rendimiento, señalando que son aque-

llos que *“hayan sido calificados como tales por la Administración General del Estado o la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”*.

Por su parte el artículo 23.1 dispone que *“se reconocerá la condición de deportista de alto nivel a aquellas personas que sean calificadas como tales por la Administración General del Estado”*, estableciendo en su apartado 6 que *“la acreditación del reconocimiento como deportista de alto nivel (...) se realizará mediante una tarjeta que expedirá la Junta de Comunidades”*.

No obstante, se olvida que el deporte de alto nivel está estrechamente vinculado con las competiciones internacionales (artículo 4.1 del Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento), y que su control y tutela son ejercidos por la Administración General del Estado a través del Consejo Superior de Deportes, de conformidad con los artículos 50 y 51 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

De otro lado, y aunque nada se especifique en el anteproyecto, dentro de los deportistas de alto rendimiento deben distinguirse los nacionales de los regionales, siendo estos últimos respecto de los cuales puede regular la Comunidad Autónoma, por pertenecer los primeros a un ámbito territorial de actuación superior al regional. Esta distinción ausente puede haber generado confusión a la hora de dar redacción a la clasificación y distinción entre los deportistas de alto nivel y los deportistas de alto rendimiento. Los primeros encuentran su regulación propia no sólo en la Ley del Deporte estatal (artículos 50 a 53), sino también en el Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, cuyo artículo 2.2, en consonancia con el artículo 52 de la Ley del Deporte, establece que *“serán deportistas de alto nivel aquellos que cumpliendo los criterios y condiciones definidos en los artículos 3 y 4 del presente Real Decreto, sean incluidos en las resoluciones adoptadas al efecto por el Secretario de Estado-Presidente del Consejo Superior de Deportes, en colaboración con las federaciones deportivas españolas y, en su caso, con las Comunidades Autónomas”*, su calificación y acreditación corresponde al Consejo Superior de Deportes mediante la sola inclusión anual del deportista en las relaciones por él elaboradas al efecto.

A la vista de los razonamientos anteriores resulta conveniente la modificación de los preceptos del anteproyecto citados, a los fines de evitar cualquier confusión en su interpretación y de manera que de su lectura resulte claro que:

- Los deportistas de alto nivel son calificados como tales por la Administración General del Estado, a través del Consejo Superior de Deportes, sin que sea competencia de la Comunidad Autónoma su pos-

terior reconocimiento ni la acreditación del mismo, puesto que dichos deportistas ya cuentan con el reconocimiento y acreditación por parte del Estado, que es al que en definitiva representan en las competiciones internacionales.

- Sólo los deportistas de alto rendimiento regionales requieren del reconocimiento, calificación y acreditación como tales por parte de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Título III. De las entidades deportivas y su registro público.-

Artículo 31. Funciones públicas delegadas.- El apartado 3 dispone que *“los términos y condiciones en los que se ejercerán las funciones públicas referidas en este artículo se determinarán en un convenio de colaboración entre la Junta de Comunidades y cada federación deportiva autonómica que tendrá el contenido que se establezca reglamentariamente”*.

La delegación de funciones públicas en las federaciones deportivas determina que la relación existente entre aquellas y la Administración delegante no sea estrictamente de colaboración, sino más bien de tutela y coordinación, en la medida en que uno de los sujetos de la relación, la Administración deportiva, asume una situación de preeminencia sobre la federación, que tiene como manifestación más evidente las facultades de control que aquella ejerce sobre las entidades delegadas. En consecuencia, no parece que el convenio de colaboración a que alude el artículo 31.3 sea el instrumento formal más apropiado para plasmar la indicada relación jurídica, sobre todo porque resulta extraño al concepto dispuesto en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículos 45 y 49. Concepto, naturaleza y régimen jurídico. Derechos y deberes de las personas asociadas.- Ambos artículos formando parte de la sección 1ª del capítulo II de este título, contienen la regulación de los clubes deportivos, definiéndolos el primero de ellos como *“asociaciones privadas sin ánimo de lucro con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar”*.

En este sentido, se echa en falta dentro del concepto de club deportivo del artículo 45, la necesidad de su inscripción en el Registro de Entidades Deportivas de Castilla-La Mancha, cuya preceptividad resulta de los artículos 60.1 y 61.1.

De otro lado, en el artículo 49, regulador de los derechos y deberes de las personas asociadas, se advierte la incursión administrativa en ámbitos ajenos al derecho público, pertenecientes a las relaciones de

índole estrictamente asociativa entre los asociados y sus clubes, relaciones que pertenecen a la esfera del derecho privado. Por tanto, dada la naturaleza de entidad de derecho privado de los clubes, el anteproyecto no debiera establecer un catálogo de derechos y deberes de los integrantes de los clubes, cuestión que debería quedar delimitada en sus propios estatutos.

Título VI. Del Consejo de la Actividad Física y el Deporte.-

Artículo 83. Funciones del Pleno.- El apartado 1 establece que “*El Pleno del Consejo de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha se reunirá en sesión ordinaria en el último trimestre de cada año, sin perjuicio de la celebración de sesiones extraordinarias previa convocatoria de la persona titular de su presidencia*”. Como quiera que en este precepto se regulan las funciones del Pleno y el apartado transcrito es más propio del régimen de funcionamiento del mismo, se sugiere trasladarlo al artículo siguiente, artículo 84 (“*Régimen de funcionamiento del Pleno*”), como apartado 1, por adecuarse más a la materia en él regulada.

El apartado 2.a).3º atribuye al Pleno del Consejo de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha la función de elaborar el Plan Director de Infraestructuras para la Actividad Física y el Deporte. Sin embargo, esta función resulta atribuida por el artículo 75.1 a la Consejería competente en materia de deportes, previa consulta con las Entidades Locales. Por tanto, la misma función se atribuye a dos órganos diferentes, motivo por el cual debería concretarse en el anteproyecto cuál es el titular de la misma y quién la ejerce, en su caso, por delegación, a fin de evitar la duplicidad en su ejercicio que, tanto se ha afirmado, se pretende evitar con este texto normativo.

Título VII. De la protección de la salud, la lucha contra el dopaje y la prevención de la violencia y la intolerancia en la actividad física y el deporte.-

La regulación de este título trae causa en las determinaciones contenidas en la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, norma que fue dictada por lo que aquí interesa y conforme ya ha sido señalado en la consideración III, entre otros títulos, al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.16ª de la Constitución, en materia de bases y coordinación general de la sanidad.

La mayor parte de los preceptos que integran este Título desarrollan en el ámbito autonómico lo prevenido en los artículos 8, 10 y 37

de la citada Ley Orgánica, reproduciendo en algunos casos su contenido por lo que es trasladable al caso lo referido por este Consejo en anteriores pronunciamientos -valga por todos el dictamen 168/2014, de 21 de mayo- en los que se ha hecho eco conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional de los riesgos derivados del empleo de las *leges repetitae*.

En el citado dictamen, haciendo mención a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en la Sentencia 314/2005, de 21 de diciembre, se concluyó que la inconstitucionalidad que eventualmente podría derivarse de esta técnica “[...] *se producirá siempre en el caso de repetición de leyes estatales aprobadas en ámbitos de competencia exclusiva del Estado; en cambio, en el caso de las competencias compartidas según el esquema bases-desarrollo, solo podrá hablarse de dicha inconstitucionalidad en los casos en que esta técnica conlleve infracción de la seguridad jurídica. Y esta infracción se produciría, en palabras de López Guerra, “si la norma autonómica indujera a confusión, en el sentido de postular aparentemente que las bases estatales no fueran aplicables”* (Luis López Guerra, “La técnica legislativa ante la jurisdicción constitucional”, en *La técnica legislativa a debate*, coords. J. M. Corona Ferrero et alii, Técnos, Madrid, 1994, p. 303), como podría ser el caso de reproducciones parciales, o con añadidos u omisiones. En general, como alternativa a la reproducción se ha postulado doctrinalmente la remisión (véase López Guerra, *op. cit.*, pág. 303), o la indicación expresa de que un artículo es repetición de otra ley (Piedad García-Escudero Márquez, “Manual de técnica legislativa”, Cívitas, Madrid, 2011, p. 235), si bien esta última opción solo resulta aplicable, como más adelante se dirá, al caso de competencias compartidas”.

En el caso de los preceptos que ahora nos ocupan nos encontraríamos en el segundo de los supuestos apuntados, en tanto que la Comunidad Autónoma ostenta competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de “*Sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud*”, mas siendo ello así la reiteración de los preceptos básicos habría de ser íntegra o bien habría de sustituirse esta por una remisión a los mismos.

En este sentido, el **artículo 87.1** que reproduce en parte el 10.1 de la referida Ley Orgánica, al regular el ámbito subjetivo de la política de prevención, control y sanción en materia de dopaje, habría de hacerse extensivo además de a los deportistas, entrenadores y técnicos, jueces y árbitros y clubes deportivos inscritos en federaciones deportivas de Castilla-La Mancha, a los directivos, dirigentes o personal de dichas federaciones, así como a los médicos y personal sanitario y responsables de establecimientos deportivos, a los que también se hace extensivo el ámbito subjetivo de aplicación en materia de dopaje contemplado en

la referida Ley Orgánica al remitirse a las personas y entidades mencionadas en los artículos 24, 25 y 26 de la misma Ley. En otro caso cabría interpretar que el legislador autonómico pretende desplazar al legislador estatal reduciendo el ámbito subjetivo de aplicación de la política en materia de dopaje que ha previsto éste con carácter básico, lo que redundaría en inseguridad jurídica en el sentido anteriormente apuntado y podría conllevar un eventual juicio de inconstitucionalidad.

Artículo 90. Régimen de infracciones y sanciones en materia de lucha contra el dopaje.- En el apartado 2 se atribuyen las competencias sancionadoras en la materia al Comité de Justicia Deportiva de Castilla-La Mancha, disponiendo que el procedimiento sancionador se establecerá en el desarrollo reglamentario de la Ley. Esta última afirmación debería obviarse en tanto que gran parte de los aspectos de dicho procedimiento sancionador ya son objeto de regulación por la propia ley en el artículo 135, en cuyo apartado 1 se abordan aspectos tales como su iniciación, plazo para notificar su resolución, efectos del silencio e incluso recursos que cabrían contra la misma.

En cualquier caso y por las razones ya apuntadas en la consideración IV, resultaría más adecuado relegar la regulación de tales aspectos a un posterior desarrollo reglamentario por lo que el citado artículo 135 debería ser objeto de supresión.

Por otra parte y a efectos de adecuar el contenido del artículo objeto de estudio a su título se propone completar este añadiendo las expresiones “*competencia y procedimiento*”.

Título VIII. De la jurisdicción en materia de actividad física y deporte.-

1. Es objeto de regulación en este Título el ámbito al que se extiende la jurisdicción en materia deportiva, distinguiendo entre un régimen sancionador previsto en el capítulo I, para las competiciones deportivas, actividades físico recreativas e infraestructuras, que podríamos denominar de orden general y al que le resultarían de aplicación las disposiciones referidas a la potestad sancionadora de la Administración contenidas en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; un régimen disciplinario previsto en el capítulo II para el ámbito de competiciones deportivas oficiales y de las federaciones deportivas autonómicas, régimen que frente al anterior ha de calificarse de orden especial y que está excluido del ámbito de aplicación de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, según dispone expresamente el artículo 127.3 de la misma; procedimientos de arbitraje y solución de conflictos en el ámbi-

to privado de las entidades deportivas, regulados en el capítulo III; y el régimen de tutela de las federaciones deportivas que prevé el capítulo IV.

Por lo que respecta al ámbito sancionador el anteproyecto de Ley siguiendo la distinción contenida tanto en la Ley del Deporte estatal como en las aprobadas por otras Comunidades Autónomas, diferencia entre una potestad sancionadora general de la Administración referida a la actividad física y el deporte, con notable similitud respecto de la tipificación de infracciones a la establecida por la Ley 19/2007, de 11 de julio para el deporte federado estatal; y una potestad disciplinaria deportiva que se proyecta sobre personas y entidades participantes en una competición oficial, así como sobre las personas con licencia federativa autonómica o entidades inscritas en dichas federaciones autonómicas.

Respecto de esta última potestad disciplinaria que regula el capítulo II, el anteproyecto distingue en primer lugar, en su sección 1ª, un régimen disciplinario aplicable a las reglas del juego y de la competición en el que entran en juego los distintos tipos infractores que puedan establecer las entidades titulares de las competiciones deportivas oficiales en los correspondientes catálogos, si bien establece un contenido mínimo de conductas infractoras y sanciones a aplicar que necesariamente habrán de contener aquellos. Este modelo que podríamos denominar “*escalonado*” del régimen infractor es similar al que determina la Ley 10/1990, de 15 de octubre, que diferencia entre tres órdenes a efectos de configurar las infracciones disciplinarias deportivas: el de la propia Ley del Deporte, el del Reglamento de Disciplina Deportiva -si bien en nuestro caso este segundo escalón prácticamente resultaría inoperante al pretender ser abordado de forma prácticamente íntegra por el anteproyecto- y el de los Estatutos y Reglamentos federativos; tal modelo muestra necesario y coherente con el ámbito al que se refiere pues a la Ley le resultaría prácticamente imposible tipificar todas y cada una de las conductas que en las distintas especialidades deportivas pueden constituir una infracción de carácter disciplinario, siendo preciso por ello, dejar un margen para que cada organización particular y privada tipifique aquellas conductas “*en función de la especificidad de los distintos deportes u organizaciones*” (artículo 20 del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la normativa disciplinaria deportiva establecida con carácter general).

En segundo lugar, el anteproyecto distingue en la sección 2ª de este mismo capítulo un régimen de infracciones disciplinarias a la convivencia deportiva aplicable a las personas físicas con licencia federativa autonómica y entidades inscritas en dichas federaciones, previendo in-

cluso un régimen adicional de infracciones y sanciones para las personas físicas que formen parte de los órganos de gobierno de las federaciones deportivas. Sin embargo en este segundo ámbito del régimen disciplinario deportivo, en contraposición con el anterior, el legislador ha optado, sin justificación alguna, por regular los distintos tipos infractores y sanciones a aplicar sin dar cabida a la posibilidad de que tal régimen pueda ser concretado por los estatutos y reglamentos de los distintos entes de las organizaciones deportivas, anulando en consecuencia la facultad de dichos entes privados para establecer su propio régimen disciplinario en función de las especialidades de su organización, dentro del margen que prevea la Ley.

Tal regulación ha de estimarse por ello contraria al principio de colaboración responsable en el ejercicio de funciones del sector público y del sector privado en el ámbito de la disciplina deportiva -proclamado con carácter general en el artículo 1.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre y recogido expresamente en el artículo 3.12 del anteproyecto-, en virtud del cual es preciso reconocer a las federaciones deportivas como entidades asociativas privadas, su propio margen de actuación en la concreción y especificación de conductas infractoras completando así la regulación dispuesta por el legislador. Se propone por ello incluir en esta sección un precepto que aluda a la posible tipificación de otras infracciones, similar al recogido en el artículo 20 del citado Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, o en el artículo 16 del Decreto 159/1997, de 9 de diciembre, de desarrollo reglamentario de la normativa disciplinaria deportiva, vigente por el momento en nuestra Comunidad Autónoma.

En inmediata conexión con lo que se acaba de exponer, y conforme ya ha sido avanzado en la consideración IV, es necesario referirse a la opción seguida por el anteproyecto de regular de forma pormenorizada e incluso agotadora los distintos tipos infractores dejando un muy escaso margen de actuación, por no decir nulo, a la potestad reglamentaria. A este respecto es oportuno traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en su dictamen número 1289/1992, de 19 de noviembre, emitido sobre el proyecto de Real Decreto aprobatorio del Reglamento de Disciplina Deportiva. En concreto, señalaba el Consejo de Estado, refiriéndose a la habilitación que la Ley estatal hacía al reglamento para que desarrollase la materia disciplinaria que tal configuración “[...] se muestra congruente con las particularidades del ámbito al que afecta, dadas las numerosas y diferentes modalidades deportivas existentes, que harían difícil en la práctica (y en cualquier caso inoportuno) que a través de una norma legal se tipificasen de manera casuística tanto las conductas merecedoras de ser calificadas como infracciones como las sanciones mismas aplicables a cada una de aquellas

conductas. Por ello, y sin negar la garantía que supone el principio de reserva de ley en este ámbito, en ocasiones es más oportuno (y viable legalmente a tenor de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional) operar mediante la tipificación de conductas generales calificándolas como infracciones administrativas, conductas que son posteriormente concretadas o ajustadas a cada sector o modalidad deportiva en este caso, dentro, por supuesto, del campo al que abarca la Ley [...] [] En el presente caso, por lo demás, las relaciones que se establecen en el ámbito deportivo (...) podrían ser calificadas, al menos a los efectos de determinar el alcance de la “eficacia relativa” del principio de reserva de ley previsto en el artículo 25 de la Constitución, como de naturaleza especial, con la señalada incidencia que tal calificación comporta en relación con la entrada del reglamento en dicho ámbito sancionador deportivo (en el que, por lo demás, tampoco hay que olvidar el importante matiz privado de la propia organización deportiva, a pesar de la señala intensa “publicación” operada)”.

En el ámbito que nos ocupa el Consejo es coincidente con el parecer del Consejo de Estado y entiende que hubiera resultado una técnica legislativa más acertada la de optar por establecer unos tipos infractores y sancionadores generales en la Ley por las mismas razones ya expresadas en la consideración IV, difiriendo al posterior desarrollo reglamentario la concreción y especificación de los mismos.

No habiéndose hecho así es aconsejable en todo caso, dado el amplio elenco de tipos infractores y sanciones que contempla el Título VIII del anteproyecto, (más de 60 de los primeros y unas 30 de las segundas), y con el fin de facilitar su manejo y aplicación por sus destinatarios, que se incluya como anexo un cuadro de las infracciones y sanciones que regula el anteproyecto, de modo similar a los que figuran en el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, y en el Decreto 159/1997, de 9 de diciembre.

Además y por lo que respecta al ámbito disciplinario (Capítulo II), aprecia el Consejo que la regulación ganaría en claridad y se facilitaría su aplicación por sus destinatarios, si se regulase en términos unificadores y desde la generalidad aspectos tales como los “órganos competentes” (artículos 110 y 118), “sujetos responsables” (artículos 109 y 119), “causas modificativas y extintivas de la responsabilidad” (artículos 115 y 125), y “prescripción de infracciones y sanciones” (artículos 116 y 126).

Y por las mismas razones y por resultar más propio del lenguaje reglamentario, deberían evitarse en la medida de lo posible las constantes remisiones normativas a otros preceptos del anteproyecto que se contienen a lo largo de todo el Título o, en su caso, sustituirlas por

una mención concreta al objeto de la remisión, puesto que en nada contribuyen a identificar ni la concreta conducta infractora, ni la sanción aplicable a la misma, ni el ámbito concreto de actuación de la Ley. A título de ejemplo cabe citar las contenidas en los artículos 122.5, 123.5, 124.5, 127.3 o 129.2.

2. De otro lado se observa que a pesar del detallado y extenso elenco de tipos infractores y sancionadores clasificados en los dos ámbitos anteriormente referenciados -de carácter sancionador general, y de disciplina deportiva-, en el Título no se contempla previsión alguna respecto a la prohibición del *non bis in idem* en relación con la concurrencia de responsabilidad penal y administrativa o disciplinaria, o sobre la eventual compatibilidad de exigencia de responsabilidad en vía administrativa y disciplinaria.

El único precepto que contiene referencia a dicho principio es el 96 en el que únicamente se proclama el carácter preferente del sistema sancionador que prevé el anteproyecto frente a otras leyes autonómicas sectoriales, cuando se aprecie identidad de hecho, sujeto y fundamento, previsión que acotada a ese estricto ámbito no serviría para dar respuesta a la problemática que se suscita cuando la potestad sancionadora o disciplinaria que prevé el anteproyecto entre en concurrencia con otros órdenes punitivos, o bien confluyan entre ellos mismos.

Sin necesidad de entrar a analizar a fondo el alcance del principio *non bis in idem*, sí que es preciso tener presente que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, dicho principio se traduce en la inviabilidad jurídica de que exista “*duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración*” (Sentencia 2/1981, de 30 de enero). Dicho principio proclama además de acuerdo con doctrina consolidada del mismo Tribunal -entre otras SSTC 159/1985, de 27 de noviembre; 23/1986, de 14 de febrero; 94/1986, de 8 de julio; y 107/1989 de 8 de junio-, “[...] que las autoridades de un mismo orden, a través de procedimientos distintos, no puedan sancionar repetidamente una misma conducta ilícita, por entrañar esta duplicación de sanciones una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi del Estado*”.

En principio y habida cuenta de que la potestad sancionadora que recoge el capítulo I cabe calificarla como de “*policía general*”, mien-

tras que la potestad disciplinaria del capítulo II se enmarca dentro de unas relaciones de naturaleza especial, puede sostenerse que la eventual concurrencia de sanciones de uno y otro ámbito aun recayendo sobre un mismo sujeto y hecho tendrían un distinto fundamento jurídico, por lo que no entrarían en colisión con el principio *non bis in idem*. Sin embargo existen en el Título preceptos en los que esta diferenciación no resulta perceptible si se atiende a redacción dada a la hora de tipificar determinados tipos infractores, por lo que a falta de una disposición general que delimite el alcance de la compatibilidad entre los distintos órdenes sancionadores, su aplicación podría suponer una contravención del mencionado principio constitucional.

Así la tipificación de las infracciones administrativas contempladas en los **artículos 98.1.c) y 100.1.b)**, cuya redacción culmina con el inciso “*sin perjuicio de los efectos disciplinarios deportivos que prevé el capítulo II*”, y en concreto los tipos infractores en ellos contenidos referidos a “*la agresión*” o “*los insultos y amenazas*” de deportistas, entrenadores o técnicos “*a los espectadores*”, resultan concurrentes con los tipos disciplinarios previstos en los artículos 112.2.b) y 112.4.a) respectivamente, que se refieren a “*comportamientos y actitudes violentas o amenazantes y agresiones*”, o “*comportamientos y actitudes indecorosas*”, por parte de los anteriores sujetos “*al público*”.

En suma, el Título objeto de estudio habría de completarse introduciendo el correspondiente precepto que delimite el régimen de compatibilidad entre el ejercicio de la potestad disciplinaria con el de la responsabilidad penal y administrativa, así como entre estas dos últimas. Sirva como ejemplo lo dispuesto a nivel autonómico en el artículo 11 del Decreto 159/1997, de 9 de diciembre, o de forma más completa a nivel estatal en el artículo 5 del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre.

3. Procede culminar esta observación general al Título VIII, llamando la atención ante el empleo de ciertos conceptos jurídicos indeterminados a la hora de tipificar algunos tipos infractores como es el caso de “*atente gravemente*” en los **artículos 120.2.c) y 121.1.f)**.

Si bien el empleo de dichos conceptos en la redacción de normas jurídicas no resulta recomendable por la imprecisión que introducen en la regulación, cuando de materia sancionadora se trata deben además tenerse en cuenta los problemas valorativos que para el órgano encargado de delimitar el tipo infractor aplicable puede suscitar el empleo de tales conceptos jurídicos indeterminados, técnica ésta que únicamente

es permitida por la jurisprudencia constitucional cuando la concreción de tales conceptos “*sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*” (Sentencias 69/1989, de 20 de abril, 219/1989, de 21 de diciembre y 136/1999, de 20 de julio, entre otras).

En consecuencia, y a fin de garantizar el debido respeto a las exigencias constitucionales de tipicidad y seguridad jurídica, debe sugerirse que se haga un mayor esfuerzo en la delimitación de las conductas que habrán de constituir objeto de infracción.

Seguidamente y ya a título particular procede efectuar observaciones a los siguientes preceptos incardinados igualmente en el Título objeto de estudio:

- Artículo 110. Órganos competentes.- El Título VIII utiliza la denominación “*De la jurisdicción en materia de actividad física y deporte*”, expresión que es utilizada con posterioridad en otros artículos del mismo Título, así como otra derivada de la misma como es en el artículo objeto de estudio “*órgano jurisdiccional*”.

Advierte este Consejo que la expresión “*jurisdicción deportiva*”, ya ha sido acogida por otras normas autonómicas como es el caso de la Ley 2/2011, de 22 de marzo, del Deporte y Actividad Física de la Comunidad Valenciana o la Ley 3/2012, de 2 de abril, del Deporte de Galicia, cuyo ámbito se extiende -al igual que en el anteproyecto- al conocimiento y resolución de las cuestiones que se susciten en los ámbitos administrativo-deportivo, disciplinario y electoral. Atendiendo a dicho ámbito ha de sugerirse que, a fin de delimitar de un modo más preciso la denominación, utilizada, se sustituya por la expresión “*justicia deportiva*” o “*justicia administrativa deportiva*”.

Procede además advertir que expresiones derivadas de la misma como es el caso de “*órgano jurisdiccional*” deberían evitarse en el ámbito que nos ocupa en tanto que en lenguaje jurídico el término “*jurisdiccional*” se reserva para denominar a las funciones ejercidas por jueces y tribunales, mientras que en el precepto examinado la referencia al “*órgano jurisdiccional que prevé el artículo 38*”, alude a las funciones que se atribuyen a dicho órgano circunscritas al ámbito de la disciplina deportiva y de la organización de la competición.

La observación efectuada ha de hacerse extensiva al empleo que de la misma expresión se hace en los artículos 118.1 y 119.4.

- **Artículo 112. Infracciones.**- La infracción contemplada con carácter de muy grave en el apartado 2.i) de este artículo referida a los *“Incidentes del público asistente que comporten la invasión del terreno de juego, cancha o espacio deportivo similar en el que se esté desarrollando la prueba o encuentro o que de algún modo interfieran en su normal desarrollo, o bien, que supongan la comisión de comportamientos violentos, racistas xenófobos o intolerantes”*, es de difícil encaje en el ámbito disciplinario deportivo en el que se inserta ni por la conducta infractora que comprende, que no puede catalogarse como una *“infracción a las reglas del juego o de la competición”* según exige el artículo 108.1; ni por los sujetos a los que se atribuye la responsabilidad derivada de la misma, por cuanto según determina el artículo 109.1 dicho régimen disciplinario abarca a *“todas aquellas personas físicas y entidades que participen en una competición deportiva”*, en tanto que en el citado tipo infractor se hace responsable de tales hechos a *“la persona o entidad encargada de la organización de la prueba o encuentro en el que se produzcan”*.

Cabe apreciar por ello que la infracción descrita habría de insertarse dentro del capítulo I, regulador de la potestad administrativa en materia de actividad física y deporte.

Esta observación ha de hacerse extensiva al tipo infractor definido en el apartado 3.c) del mismo artículo.

En el apartado 3.b) del mismo artículo se tipifica como infracción grave el *“Incumplimiento de las órdenes e instrucciones dictadas por los jueces o árbitros a los deportistas y al personal técnico durante el transcurso de una prueba o encuentro”*, infracción que atendiendo a su dicción literal, se muestra prácticamente idéntica en cuanto a su concreto alcance a la prevista como leve en el artículo 4.b) consistente en *“La adopción de una actitud pasiva en el cumplimiento de las órdenes e instrucciones dictadas por los jueces o árbitros a los deportistas y al personal técnico durante el transcurso de una prueba o encuentro”*.

A juicio de este Consejo los términos *“incumplimiento”* y *“adopción de una actitud pasiva en el cumplimiento”* comportan idéntico sentido a efectos disciplinarios pues ambos hacen referencia a la conducta infractora de *“no hacer”*. Debe sugerirse por ello que o bien se suprima una de las dos infracciones o bien se delimite diferenciadamente el alcance de una y otra a efectos de otorgarle el carácter de grave o de leve.

Artículo 116. Prescripción de infracciones y sanciones.- Aun cuando, como ya ha sido advertido, en el ámbito disciplinario no resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Título IX de la Ley

30/1992, de 26 de noviembre, sobre la potestad sancionadora de la Administración, parece lógico que la previsión del **apartado 2** relativa al cómputo del plazo de prescripción de infracciones y su interrupción, se complete en el siguiente sentido “[...] *y se interrumpirá en el momento en que se inicie el procedimiento sancionador con conocimiento del interesado*”.

Artículo 119. Sujetos responsables, procedimiento y obligación de colaboración.- A efectos de adecuar el título del artículo al contenido que es objeto de regulación, ha de proponerse que se complete su título añadiendo la expresión “*medidas provisionales*”, previstas en el apartado 5 del mismo.

Artículo 121. Infracciones graves.- A fin de aligerar el contenido del artículo que ya de por sí es demasiado extenso, se propone unificar en un único apartado los supuestos que se consideran como causa justificada para las faltas de asistencia de deportistas, entrenadores, técnicos y jueces o árbitros que se prevén de forma idéntica en las letras a) y b) del apartado 1.

Capítulo III. De la tutela de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha.- Por coherencia con el orden dispuesto en el artículo 95 a la hora de enumerar los ámbitos a los que se extiende la jurisdicción en materia de actividad física y deporte, la regulación de este capítulo habría de figurar tras el capítulo IV, referido al “*arbitraje y la resolución extrajudicial de conflictos en la actividad física y el deporte*”.

Artículo 128. La vigilancia de los procesos electorales de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha.- A efectos de delimitar de forma más entendible el alcance de la regulación contenida en el **apartado 7** en el que se atribuye al Comité de Justicia Deportiva, el conocimiento y resolución de determinadas cuestiones, se propone completar su redacción en los siguientes términos: “*El Comité de Justicia Deportiva de Castilla-La Mancha será competente para conocer y resolver las reclamaciones que se presenten en relación con las siguientes cuestiones [...]*”.

Título IX. El Comité de Justicia Deportiva de Castilla-La Mancha.-

Se aborda en este título la regulación relativa a la naturaleza, composición, designación de sus miembros, así como los distintos procedimientos en los que se desenvolverá el ejercicio de la potestad sancionadora que se atribuye a dicho Comité de Justicia Deportiva. Conforme ya ha sido avanzado en la consideración IV, en este título se hace objeto de regulación determinados aspectos, sobre todo de índole procedimental,

que habida cuenta de su excesivo grado de detalle, bien podría haberse pospuesto su regulación al posterior desarrollo reglamentario de la Ley. En este sentido cabe referirse a los apartados 2 al 5 del artículo 132, y los artículos 134 al 142.

Sin perjuicio de ello, procede efectuar las siguientes observaciones a determinados artículos de dicho Título IX:

Artículo 130. Naturaleza.- A efectos de adecuar el título del precepto a la materia que es objeto de regulación, debería completarse el mismo añadiendo los términos “*adscripción y sede*”.

Artículo 132. Designación de los miembros.- El contenido del apartado 3 debería refundirse con el del apartado 1, en cuanto que su regulación es reiterativa de este último añadiéndose únicamente que los vocales se elegirán “*conforme a criterios de idoneidad para el ejercicio de las funciones inherentes al puesto*”.

Artículo 134. Procedimientos de emisión de informes.- Contiene este artículo una habilitación al reglamento para que establezca el procedimiento para la emisión de determinados informes por parte del Comité de Justicia Deportiva de Castilla-La Mancha; precepto que ha de calificarse de innecesario habida cuenta que los artículos a los que se remite (particularmente los artículos 40, y 41), ya contienen normas procedimentales atinentes a la emisión de dichos informes, tales como el momento de su emisión y el plazo.

Artículo 138. Procedimientos en vía de recurso contra la actividad de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha en el ejercicio de las funciones públicas delegadas.- Se dispone en el apartado 3 que el procedimiento que contempla se regirá por lo previsto para el recurso administrativo de alzada de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Siendo ello así, el apartado 4, referido a los recursos que caben contra la resolución del recurso de alzada debería suprimirse en tanto que reproduce la norma básica contenida a este respecto en el artículo 115.3 de la citada Ley.

Idéntica observación ha de hacerse respecto el artículo 140.3.

Artículo 139. Procedimientos de reclamación contra las resoluciones dictadas por las juntas electorales de las federaciones deportivas de Castilla-la Mancha.- En el apartado 4 la expresión con la que comienza el mismo “*Contra la resolución del recurso [...]*”, habría de sustituirse por “*Contra la resolución de la reclamación [...]*”, puesto que

el procedimiento que en él se regula se refiere a las reclamaciones que se interpongan frente a las resoluciones de las juntas electorales de las federaciones deportivas.

Artículo 141. Procedimientos de arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos.- Ha de proponerse su supresión en tanto que lo que en él se dispone -remisión al reglamento para regular los procedimientos de arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos ante el Comité de Justicia Deportiva-, ya está previsto en el artículo 129.3.

Artículo 142. Funcionamiento interno.- A fin de mejorar la sistemática del capítulo en el que se inserta, se propone ubicar este artículo inmediatamente después del artículo 131 referido a la composición del Comité de Justicia Deportiva de Castilla-La Mancha, o bien integrar su contenido como un apartado más de este último artículo.

Artículo 143. Tasas y precios públicos.- El artículo contiene un mandato de futuro, como lo evidencia el empleo del término “*se establecerá*”, referido a la exigencia de una tasa por la interposición de los recursos previstos en los artículos 136 a 140 inclusive, así como a la exigencia de un precio público por el sometimiento al procedimiento de arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos.

Cabe cuestionar tal regulación en tanto que no se aprecia motivo alguno que justifique diferir su establecimiento a norma futura que, por lo que se refiere a la tasa, debería tratarse de una Ley que fijara además del hecho imponible, el sujeto pasivo, y en su caso, los responsables tributarios, el devengo, la base imponible, el tipo de gravamen y los demás elementos directamente determinantes de la cuota tributaria, así como, en su caso, los beneficiarios tributarios; según determina el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y el artículo 9 de la Ley 9/2012, de 29 de noviembre, de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha.

En cualquier caso y por lo que respecta a la regulación del apartado a) cabe señalar que el hecho imponible de la tasa debería delimitarse de un modo más preciso dado que los artículos 136 a 140 a los que se remite no sólo prevén “*recursos*”, sino también “*reclamaciones*”, en concreto las reguladas en el artículo 139.

Disposición adicional primera. Régimen de homologación por federaciones deportivas españolas de licencias federativas autonómicas previo a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 32.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.-

En esta disposición se hace referencia al régimen de homologación de licencias previo al establecimiento de la implantación de la licencia deportiva única, que comenzará a aplicarse a partir del 1 de julio de 2015, conforme a la modificación operada en el citado artículo 32.4 por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. Es por ello que ha de proponerse modificar el título que se otorga a la disposición sustituyendo la referencia genérica “[...] *entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 32.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte*”, por otra que resulte más precisa e indicativa del alcance de la modificación del citado precepto.

Advierte además este Consejo que debe existir un error en la redacción, pues la homologación se refiere a las licencias federativas autonómicas, por lo que en la línea cuarta debería sustituirse la expresión “*por parte de la federación deportiva española*”, por la de “*por parte de la federación deportiva autonómica*”.

Finalmente, se sugiere efectuar un repaso general del texto elaborado con el fin de eliminar del mismo algunas **incorrecciones gramaticales y errores ortográficos** de los que, sin ánimo de exhaustividad, se ofrecen algunas muestras:

- En el artículo 6, apartado 5, se alude a las infraestructuras de “*titularidad municipal*”, debiera sustituirse el término municipal por “*provincial*”, toda vez que el precepto se refiere a las competencias atribuidas a las Diputaciones Provinciales.

- En el artículo 9, apartado 3.b), debe suprimirse la expresión “*personas con*” que aparece escrita por duplicado para referirse a las “*personas con discapacidad*”.

Idéntica observación cabe efectuar respecto del título de la disposición adicional segunda.

- En el artículo 12, apartado 4, se aprecia la omisión de la forma verbal “*deberá*” al remitirse al obligado cumplimiento de la Ley 7/2011, de 21 de marzo.

- En el artículo 97, apartado 6, debe eliminarse el punto y final que figura tras el término “*causado*” y suprimir el salto de página uniendo el último inciso que comienza diciendo “[...] *en el plazo que al efecto se determine* [...]”.

- En el artículo 106, apartado 1 falta un punto y final.
- En el artículo 111, apartado 1.a), debería eliminarse por innecesaria la expresión “*sin perjuicio*” que figura en la segunda línea.
- En el artículo 117, apartado 1, última línea, la forma verbal “*prevé*”, debe figurar en plural.
- En el artículo 120, apartado 2, la redacción de las letras f) y g) debe comenzar con el artículo “*El*” a fin de unificar la redacción de los distintos tipos infractores que contempla el apartado.
- En el artículo 126, apartado 1, falta un punto y final.
- En el artículo 134, apartado 1, segunda línea, el término “*previsto*” debe figurar en plural.
- En el artículo 139, tercera línea, el término “*contado*”, debe figurar asimismo en plural.
- En la disposición adicional primera, tercera línea, la expresión “*que haya*” ha de sustituirse por la de “*que se hayan*”.
- En la disposición adicional tercera, apartado 3, última línea, la expresión “*Castilla-La*” ha de completarse con “*Mancha*”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que tenidas en cuenta las observaciones contenidas en el presente dictamen, puede V. E. elevar al Consejo de Gobierno, para su aprobación como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha, señalándose como esenciales las observaciones contenidas en la consideración V.

Toledo, 17 de febrero de 2015

**DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO
CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO DEL
AYUNTAMIENTO DE ARGAMASILLA DE
CALATRAVA (CIUDAD REAL), DEL ACUERDO
DE LA COMISIÓN MUNICIPAL DE GOBIERNO
DE 9 DE DICIEMBRE DE 1999, POR EL QUE SE
ACEPTA LA MODIFICACIÓN DEL
TRAZADO DEL CAMINO PÚBLICO “LA
ESPERANZA”, PROPUESTA POR LA
COMUNIDAD DE BIENES T.**

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Actuaciones previas.- Las diversas actuaciones que han motivado la tramitación de este expediente son las que se resumen a continuación:

- El 7 de diciembre de 1999, la Comunidad de Bienes T, presentó en el Ayuntamiento de Argamasilla de Calatrava solicitud de autorización para cambiar el trazado del camino de La Esperanza, en la parte que discurre por la finca “D”, propiedad de los solicitantes, a fin de poder efectuar el cerramiento parcial de la finca, conforme a la licencia de obra otorgada por el Ayuntamiento, sin cerrar los accesos del camino. Junto con la solicitud se aportaba plano del terreno especificando los itinerarios antiguo y nuevo del camino.

- Con fecha 9 de diciembre de 1999, el Servicio de Guardería Rural emite informe favorable a la autorización del cambio de trazado del camino, argumentando que *“la traza actual tiene una zona que se encharca mucho cuando llueve con lo cual se hace intransitable, cosa que no ocurriría con la nueva traza, ya que va a un sitio más sano y firme”*. No obstante, el informante condiciona la autorización al cumplimiento de los siguientes requisitos: *“1º) Que la traza se realice por la propia parcela. [] 2º) Hacer la nueva traza antes de quitar la vieja y supervisada por el técnico correspondiente. [] 3º) Que tenga un ancho mínimo de 7,50 m, para así poder hacer 5,50 m de rodadura y 1 m de cuneta a cada lado”*.

- En sesión celebrada el 9 de diciembre de 1999, la Comisión Municipal de Gobierno, por unanimidad accedió a lo solicitado, toda vez que *“el nuevo trazado del camino citado no perjudica a ningún vecino por discurrir por la misma finca y, además, irá por un sitio más firme y transitable”*. En todo caso, la validez de la autorización queda sujeta a las mismas condiciones señaladas por el Servicio de Guardería Rural en su informe.

Segundo. Informe Jurídico.- Mediante providencia de la Alcaldía de Argamasilla de Calatrava de 5 de diciembre de 2014 se encomendó a la Secretaría del Ayuntamiento la emisión de informe sobre la posible declaración de nulidad de pleno derecho del citado acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 9 de diciembre de 1999.

La Secretaría emitió informe de fecha 9 de diciembre de 2014, en el que concluye señalando que el citado acuerdo es nulo de pleno derecho dado que el camino cuya alteración se solicitó es un bien de dominio público del Ayuntamiento, motivo por el cual, desprendiéndose del expediente que la finalidad última *“era efectuar una permuta de bienes inmuebles consistente en la entrega de una franja del camino de “La Esperanza” a su paso por la finca “D” a cambio de otra franja de terreno propiedad del titular de dicha finca”*, el tramo del camino modificado *“debió ser desafectado previamente siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, expediente que no consta en los archivos municipales, prescindiendo por tanto, total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y siendo adoptado el acuerdo por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, como es la Comisión Municipal de Gobierno, ya que la alteración de la calificación jurídica de un bien de dominio público es competencia exclusiva e indelegable del Pleno del Ayuntamiento”*, y una vez producida la desafectación del bien, debió *“haberse procedido a tramitar el expediente de permuta, de conformidad con lo establecido en el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que necesariamente conlleva la acreditación de la necesidad de la permuta y la valoración técnica de los bienes inmuebles, requisitos que no se cumplen, prescindiendo de nuevo del procedimiento legalmente establecido”*.

Tercero. Inicio del expediente de revisión.- Con base en el anterior informe de la Secretaría Municipal, el Pleno del Ayuntamiento, reunido en sesión ordinaria, celebrada con fecha 17 de diciembre de 2014, adoptó el siguiente acuerdo: *“Primero.- Iniciar el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo adoptado por la Comisión Municipal de Gobierno en sesión celebrada el día 9 de diciembre de 1999, considerando que se encuentra incurso de las causas de nulidad recogidas en los apartados b) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC. [] Segundo.- Notificar a los interesados para que*

en el plazo de quince días, presenten las alegaciones y sugerencias que consideren necesarias, y abrir un período de información pública por plazo de veinte días publicándose la iniciación del procedimiento en el Boletín Oficial de la Provincia de Ciudad Real”.

Cuarto. Trámite de audiencia.- El acuerdo de incoación del procedimiento fue notificado a los integrantes de la Comunidad de Bienes propietaria de la finca en la que se ubica el camino público cuyo trazado se modificó, concediéndoles trámite de audiencia por plazo de 15 días; abriéndose asimismo un período de información pública de veinte días, mediante anuncio publicado en el BOP de Ciudad Real número 6, de 9 de enero de 2015.

En uso del trámite conferido, D. P, en nombre y representación de la Comunidad de Bienes T, presentó alegaciones ante el Ayuntamiento el día 30 de enero de 2015, negando la concurrencia de las causas de nulidad invocadas por la Entidad Local con base en los siguientes argumentos:

- No se alteró la naturaleza jurídica del camino, sino que simplemente se modificó su trazado, por lo que no era necesario ningún expediente de desafectación. Tampoco a la luz de la normativa vigente en aquel momento era exigible la tramitación de tal expediente. Aún así, la Comunidad de Bienes interesada afirmaba que se sustanció un procedimiento consistente en la solicitud formulada al Ayuntamiento, el informe de la Guardería Rural y el acuerdo de la Comisión.

- No resulta de aplicación el mandato de acreditar la oportunidad y legalidad de la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales, previsto en los artículos 81 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local y 8.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, toda vez que no se ha producido tal alteración.

- Como consecuencia de todo lo anterior, la Comisión Municipal de Gobierno no es incompetente por razón de la materia, para aceptar la modificación del itinerario del camino, al tener una composición similar a la del Pleno Municipal, por estar formada, según el artículo 23 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, por el Alcalde y un número de concejales no superior al tercio del número legal de los mismos.

- Interpretación restrictiva de las causas de nulidad de pleno derecho.

- La posibilidad de revisión es, por el tiempo transcurrido (más de quince años) y la aceptación del cambio de trazado sin queja de ningún vecino ni de la propia administración, contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares y a las leyes, lo que sitúa aquella revisión en los límites establecidos por el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, suponiendo una violación manifiesta de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En último lugar, la parte interesada apela a los daños y perjuicios que causaría la eventual revisión del acuerdo de 9 de diciembre de 1999, toda vez que *“el cambio de trazado del camino estaba en relación con la realización del cerramiento de la finca “D” para lo que se había obtenido licencia de obras. El trazado de la alambrada, como no podía ser de otra manera, estaba en función del cambio de trazado del camino. [] Si se declarase nulo el cambio de trazado, la alambrada exterior y las de las cercas interiores realizadas para servir al destino ganadero de la finca deberían ser ubicadas de otro modo, en consonancia al retorno del camino a su antiguo trazado y, por lo tanto, se generaría una evidente responsabilidad patrimonial de la Administración, que desde luego exigiría esta parte y que deberá comprender: 1. Eliminación del vallado existente. [] 2. Colocación del nuevo vallado. [] 3. Reembolso de los gastos de ejecución del nuevo trazado, a expensas de T. [] Además, deberá dejarse por parte del Ayuntamiento el antiguo trazado en condiciones adecuadas para su uso efectivo, tras 15 años de abandono sin mantenimiento alguno”*.

En tal estado de tramitación V. E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 19 de febrero de 2015.

Quinto. Suspensión del plazo para resolver.- Con fecha 3 de marzo de 2015 fue remitido por correo electrónico a este Consejo Consultivo, Decreto de la Alcaldía, número 10/2015, de 2 de marzo, por el que se suspende el plazo para la resolución del procedimiento de revisión de oficio de conformidad con lo establecido en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El Consejero de Presidencia y Administraciones Públicas requiere la intervención de este Consejo en el expediente de revisión de oficio seguido por el Ayuntamiento de Argamasilla de Calatrava (Ciudad Real) por presunta nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 9 de diciembre de 1999, por el que se acepta la modificación del trazado del camino “La Esperanza” solicitada por T, con objeto de poder vallar la finca de la que es propietaria y por la que discurre aquel camino.

El artículo 102 del citado texto legal determina, en su apartado primero, que *“las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”*. Esta exigencia del previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, se repite, con respecto al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en el artículo 54.9.b) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Los preceptos antes referidos deben ser puestos en relación con el artículo 57 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, el cual determina que las Corporaciones Locales de la Región solicitarán el dictamen del Consejo Consultivo, a través de la Consejería de Administraciones Públicas, cuando preceptivamente venga establecido en las leyes.

En aplicación de los aludidos preceptos legales se emite el presente dictamen con carácter preceptivo y habilitante.

II

Examen del procedimiento tramitado.- El artículo 4.1.g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, dispone de modo genérico que corresponde a las Corporaciones Loca-

les, en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial y dentro de la esfera de sus competencias, la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, reiterándose la atribución de tal potestad en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

El régimen jurídico aplicable al instituto revisor en el ámbito local queda reflejado en el artículo 53 de la referida Ley 7/1985, de 2 de abril, que establece que *“las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”*. Tal declaración de nulidad y revisión de oficio de sus actos podrá ser acordada por el Pleno de la Corporación municipal según el artículo 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que, aunque referido sólo a los actos dictados en vía de gestión tributaria, es de aplicación también a los procedimientos de revisión de los demás actos administrativos -Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985, Ar. RJ 1985\3203; 2 de febrero de 1987, Ar. RJ 1987\2903; y Auto de 27 de abril de 1990, Ar. RJ 1990\3660-; todo ello de conformidad con los requisitos y plazos establecidos en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Este último precepto no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar, como se ha indicado en la consideración precedente, la preceptividad del dictamen previo y favorable del órgano consultivo que corresponda. Por ello, habrán de entenderse aplicables las prescripciones comunes recogidas en el Título VI del citado cuerpo legal, denominado *“De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos”*, con la singularidad de que será preceptivo y habilitante el dictamen del órgano consultivo interviniente, pudiendo señalarse como trámites comunes para proceder a la revisión de oficio de los actos administrativos, tal como se ha señalado en reiteradas ocasiones, el acuerdo de iniciación del procedimiento dictado por órgano competente, el nombramiento de instructor, la sustanciación de actuaciones que se consideren precisas para la debida instrucción del procedimiento, tales como la apertura de un periodo de alegaciones, la práctica de las pruebas que resulten pertinentes para acreditar los hechos relevantes en la decisión del mismo y los informes que se estimen necesarios, la audiencia a los afectados y la propuesta de resolución, como último paso previo a la emisión del dictamen del Consejo Consultivo y a la adopción de la resolución pertinente.

El expediente que ahora se somete a dictamen se inició en virtud de acuerdo de 17 de diciembre de 2014, adoptado por el Pleno a la vista del informe jurídico emitido por la Secretaría Municipal, recogándose en el mismo como causas de nulidad que pretenden hacerse valer las previstas en el artículo 62.1.b) y e) del aludido cuerpo legal.

No consta que en el citado acuerdo, ni con posterioridad, se haya procedido al nombramiento de instructor del expediente, a quien se encomendara la realización de las actuaciones necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución, debiendo advertirse que tal omisión presenta una singular incidencia en orden a la formulación por los interesados de posibles causas de recusación. Sin perjuicio de ello, puede presumirse que tales funciones son asumidas por la Alcaldesa, quien se ha encargado de practicar las notificaciones a los interesados en el procedimiento, siendo aquélla quien ha impulsado el procedimiento en todos sus trámites y, por ende, quien ha ejercitado dichas funciones instructoras.

En el citado acuerdo de incoación se hace constar que el Pleno ha tomado en consideración para su adopción el dictamen favorable emitido por la Comisión Informativa de Urbanismo, Hacienda y Régimen Interior. Sin embargo, no figura incorporado al expediente examinado dicho informe, desconociéndose por este Consejo su contenido, la materia sobre la que versa y las conclusiones a las que llega, y si todas estas cuestiones pueden afectar o repercutir en la resolución de la revisión de oficio para la que se requiere nuestro dictamen.

De otro lado, el acuerdo de incoación fue debidamente notificado a las partes interesadas, con otorgamiento de plazo para formular las alegaciones y sugerencias que se estimasen pertinentes.

De igual manera que ha sido alegado por la parte interesada en el trámite de audiencia, se echa en falta el Inventario de Bienes Municipales, o certificación emitida por su Secretaria, en la que a la vista del Inventario se indique si el camino en cuestión constaba o no como de titularidad municipal, y se especifiquen las características del mismo, antes y después del cambio de trazado.

Tampoco figura en el expediente la propuesta de resolución acordando declarar o no la nulidad del acuerdo adoptado el 9 de diciembre de 1999 por infracción del artículo 62.1.b) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por último resulta acreditado que la Corporación acordó la suspensión del plazo máximo legal para resolver y notificar el procedimiento de revisión haciendo uso de la posibilidad que ofrece el artículo 42, apartado 5.c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

A continuación procede abordar el análisis de los aspectos sustantivos o de fondo que se derivan del expediente sometido a consulta.

III

Fundamentos jurídicos y jurisprudenciales de las causas de nulidad invocadas.- La nulidad absoluta, radical o de pleno derecho constituye el grado máximo de invalidez de los actos administrativos que contempla el ordenamiento jurídico, reservándose para aquellos supuestos en que la legalidad se ha visto transgredida de manera grave, de modo que únicamente puede ser declarada en situaciones excepcionales que han de ser apreciadas con suma cautela y prudencia, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva.

Estas exigencias que han de acompañar al ejercicio de la potestad revisora responden a la necesidad de buscar un justo equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, que postula el mantenimiento de derechos ya declarados, y el de legalidad, que exige depurar las infracciones del ordenamiento jurídico.

Se caracteriza la figura de la nulidad de pleno derecho por ser apreciable de oficio y a instancia de parte, por poder alegarse en cualquier tiempo, incluso aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de firmeza por haber transcurrido los plazos para recurrirlo, sin sujeción por tanto a plazo de prescripción o caducidad, por producir efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen y no desde que la nulidad se dicta y por ser insubsanable aun cuando se cuente con consentimiento del afectado, no resultando posible su convalidación (sin perjuicio, en cuanto a efectos, de las excepciones que puedan darse para la nulidad de reglamentos, comprendidas en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

La nulidad se reserva para la eliminación de actos que contienen vicios de tal entidad que trascienden el puro interés de la persona sobre la que inciden los efectos de los mismos y repercuten sobre el orden general, resultando ser “*de orden público*”, lo cual explica que pueda ser declarada de oficio tanto por la Administración como por los Tribunales,

debiendo hacerse tal pronunciamiento de forma preferente, en interés del ordenamiento mismo.

Centrando el análisis en los motivos de nulidad invocados, el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece en la actualidad las causas de nulidad de pleno derecho con carácter tasado y restrictivo, apreciables siempre con prudencia y moderación, señalando que son nulos de pleno derecho los actos *“dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”* (apartado 1.b)), y los actos *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”* (apartado 1.e)).

En cuanto a la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vinculada a una incompetencia manifiesta del órgano que adoptó el acto cuestionado, el Tribunal Supremo tiene declarado que la competencia es el primer presupuesto para la validez del acto administrativo y por ello la incompetencia es motivo mayor para provocar su nulidad -Sentencia de 18 de febrero de 1992 (Ar. RJ 1992,2498)-. La incompetencia implica una falta de aptitud del órgano para dictar el acto concreto, debiendo considerarse dentro del concepto de incompetencia tanto los supuestos en que el órgano carece de potestad, por corresponder aquella a otro órgano de la misma Administración, como el supuesto de que carezca de potestad porque esta no esté atribuida a ningún órgano o esté atribuida a otra Administración, entidad o poder del Estado, ya sea el judicial -entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1992 (Ar. RJ 1992,4926) y de 12 de mayo de 2000 (Ar. RJ 2000,5119)- o el legislativo.

Del mismo modo, el Consejo de Estado ha afirmado que la incompetencia puede ser territorial o material, ya que sólo estas revisten la gravedad suficiente para ser calificadas como manifiestas -dictamen 1076/1991, de 31 de octubre-, habiendo concretado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el carácter manifiesto de la incompetencia entraña que ésta debe aparecer de modo evidente, ostensible, palmario e indudable -por todas, Sentencia de 19 de febrero de 1992 (Ar. RJ 1992,1132)-, requiriendo para su apreciación que el vicio del acto vaya acompañado de un grado de gravedad proporcional a la declaración de nulidad radical y que sea esencial en relación al objeto del procedimiento -Sentencia de 15 de octubre de 1991 (Ar. RJ 1991,8292), entre otras-.

El expediente instruido hace también mención, a la causa de nulidad acogida en el apartado e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de

26 de noviembre, que califica como nulos de pleno derecho los actos *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*. La propia dicción del precepto legal hace suponer que no queda acogido dentro del supuesto de nulidad citado cualquier incumplimiento de las formas procedimentales necesarias para la creación del acto, sino exclusivamente aquéllos en los que se haya obviado total y absolutamente el procedimiento previsto para su aprobación. De este modo lo vino entendiendo tradicionalmente el Tribunal Supremo, quien, en su Sentencia de 21 de octubre de 1980 -Ar. RJ 1980\3925-, afirmaba que, para una recta aplicación de la nulidad establecida en dicho artículo, *“el empleo de los adverbios allí reflejados -total y absolutamente- recalcan la necesidad de que se haya prescindiendo por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, es decir, para que se dé esta nulidad de pleno derecho es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino la falta total de procedimiento para dictar el acto”*.

No obstante, si bien, según lo expuesto, una primera reflexión parece conducir a referir el vicio de nulidad citado a aquellos supuestos en que se dicta el acto de plano y sin procedimiento alguno, la jurisprudencia ha abandonado esa posición restrictiva huyendo de la estricta literalidad del precepto y adoptando una postura más matizada, al entender que entran dentro del ámbito de aplicación de la causa de nulidad aludida los supuestos en que se han omitido trámites esenciales del mismo -entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, Ar. RJ 1991\3437; de 31 de mayo de 1991, Ar. RJ 1991\4381; de 19 de diciembre de 1991, Ar. RJ 1991\355; de 9 de diciembre de 1993, Ar. RJ 1993\9796 y de 15 de junio de 1994, Ar. RJ 1994\4600-. Similar trayectoria se observa en la doctrina del Consejo de Estado, quien, tras afirmar en una primera etapa que para poder ampararnos en el motivo indicado sería preciso la total y absoluta falta del procedimiento señalado, lo que supondría adoptar un acto administrativo careciendo mínimamente de la base procedimental sobre la que discurre la senda de la legalidad en la adopción del mismo, en dictámenes emitidos con posterioridad ha llegado a aceptar que la falta comprobada de un requisito esencial para la producción de un acto resulta suficiente para determinar la nulidad del mismo por el motivo analizado -entre otros, dictamen 591/1995.

Siguiendo la línea expuesta por este Consejo Consultivo en reiteradas ocasiones -entre otras, en sus dictámenes 151/2004, de 24 de noviembre; 178/2006, de 18 de octubre, 12/2009, de 11 de febrero y 38/2010, de 24 de marzo- hay que afirmar que concurre el motivo de nulidad previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de no-

viembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido, cuando el procedimiento utilizado es otro distinto al exigido legalmente o cuando, aun existiendo varios actos del procedimiento, se omite aquél que, por su carácter esencial o trascendental, es imprescindible para asegurar la identidad del procedimiento o garantizar los derechos de los afectados.

IV

Examen de las causas de nulidad invocadas.- En el presente caso, es objeto de revisión el Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 9 de diciembre de 1999, por el que se autoriza la modificación del trazado del camino “La Esperanza”, propuesta por la Comunidad de Bienes T.

A fin de poder resolver la cuestión sometida a dictamen, es importante realizar una retrospectiva de la situación existente con anterioridad a la adopción del acuerdo cuya nulidad se pretende. Así, la Comunidad de Bienes interesada es propietaria de la finca “D” del término municipal de Argamasilla de Calatrava, por cuyo interior discurría parte del camino “La Esperanza”. Con el objeto de proceder al cerramiento parcial de dicha finca, sus propietarios solicitaron y obtuvieron del Ayuntamiento licencia de obras, en primer lugar, instando con posterioridad la modificación del camino, a fin de que discurriera en paralelo al nuevo cerramiento y por su zona exterior, en vez de por el interior de los terrenos. Los peticionarios se comprometieron a llevar a cabo los trabajos de modificación del camino.

Tal petición de cambio del itinerario del camino fue informada favorablemente por el Servicio de Guardería Rural de la Corporación, con sujeción a tres condiciones que fueron las que resultaron impuestas en la autorización acordada por la Comisión Municipal de Gobierno: que el nuevo trazado se ubique totalmente en la propia parcela, que el nuevo camino tenga una anchura mínima de 7,50 metros, y que las obras sean supervisadas por el Servicio de Urbanismo, con informe final favorable tanto del firme del camino como de su anchura.

Sentado lo anterior pasamos al examen de las causas de nulidad invocadas por la Administración Local, que van a ser analizadas separadamente.

A) Nulidad del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Para entrar en el examen de esta causa de nulidad, resulta imprescindible sentar la naturaleza jurídica del camino cuyo trazado se modificó como consecuencia de la petición aceptada por el Ayuntamiento. En este sentido, los artículos 74.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local; y 2.2 y 3.1 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante, RBEL), califican los caminos como bienes de dominio y uso público local, y como tales, por imperativo de los artículos 80.1 de la Ley 7/1985, de 2 abril, de Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL); 5 del RBEL; y 132 de la Constitución Española, son inalienables, lo que impide que puedan ser objeto de enajenación, transmisión, cesión o permuta, mientras no sea alterada su calificación jurídica a través de un expediente de desafectación, de manera que dejen de estar destinados al uso público, convirtiéndose en bienes patrimoniales (artículos 76 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; y 6 del RBEL).

Según el artículo 22.2 de la LRBRL, *“corresponden, en todo caso, al Pleno municipal en los Ayuntamientos, (...) las siguientes atribuciones: l) la alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público”*, lo que se completa con la exigencia del *“voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos en las siguientes materias: alteración de la calificación jurídica de los bienes demaniales o comunales”*, sentada por el artículo 47.2.n) del mismo texto legal.

En el expediente sometido a dictamen, la Comisión Municipal de Gobierno autorizó mediante acuerdo de 9 de diciembre de 1999, a la Comunidad de Bienes T, persona jurídica privada, para que suprimiera un tramo del camino que atravesaba su finca, sustituyéndolo por otro paralelo al nuevo cerramiento. Por tanto, tal autorización comporta la incorporación al dominio privado de una parte del camino público (la que discurre por el interior de la finca) y la integración en el dominio público de terrenos particulares que se afectan al uso público (los destinados al nuevo trazado del camino), lo que indudablemente supone la desafectación de un bien de dominio público y su cesión a un particular mediante la permuta de otro terreno privado que pasa a incorporarse al dominio público, es decir, implica una alteración en la naturaleza y calificación jurídica de los terrenos que antes ocupaba el camino. Ello con independencia de la denominación que se le haya dado por la Co-

munidad de Bienes solicitante y por el Ayuntamiento, toda vez que en nuestro ordenamiento los negocios jurídicos no tienen la calificación que le quieran atribuir las partes, sino la que resulte de su naturaleza y finalidad.

Tal alteración ha sido aprobada mediante Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 9 de diciembre de 1999, órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, toda vez que por imperativo de la legislación vigente, la alteración en la calificación jurídica de un bien de dominio público es competencia exclusiva e indelegable del Pleno del Ayuntamiento, de conformidad con el artículo 22.4 de la LBRL, quien deberá llevarla a cabo mediante acuerdo aprobado por mayoría absoluta.

Sin que, como pretende la parte interesada, resulte equiparable el Pleno a la Comisión de Gobierno Municipal (hoy, Junta de Gobierno Local), ni aún por razón del ámbito temporal en que se adoptó el acuerdo que hoy se pretende revisar, en primer lugar, porque son órganos distintos, con diferentes composiciones y competencias (artículos 22 y 23 de la Ley de Bases de Régimen Local); y en segundo lugar, porque ni aún en diciembre de 1999 el Pleno podía delegar en la Comisión Municipal de Gobierno la alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público.

El Tribunal Supremo en diversas sentencias ha afirmado que existe incompetencia manifiesta del órgano que dictó el acto objeto de revisión, cuando éste ha sido dictado por un órgano distinto de aquel al que la Ley le atribuye expresamente la competencia de manera exclusiva e indelegable. Así, en Sentencia de 11 de mayo de 2010, (RJ 2010/4946), FJ 5º, afirma que *“esta Sala no puede compartir el criterio del Abogado del Estado acerca de que en el caso examinado la incompetencia del Secretario de Estado de Justicia no es manifiesta por tratarse de un supuesto de incompetencia jerárquica, pues si bien es verdad que la jurisprudencia de esta Sala ha venido limitando la apreciación de la incompetencia manifiesta a los casos de incompetencia por razón de la materia o del territorio, también lo es que dicha jurisprudencia se ha venido formando en relación con supuestos en los que existían dudas acerca de dicha competencia, dudas que no se ofrecen en un supuesto, como el presente, en el que la competencia viene atribuida por un precepto legal, con carácter expreso y de forma exclusiva e indelegable al Ministro, lo que determina que cualquier órgano ajeno al propio Ministro que ejercite dicha competencia deba ser considerado, en todo caso, como un órgano manifiestamente incompetente”*.

El razonamiento anterior es plenamente aplicable al presente caso donde el acto objeto de revisión modifica la calificación jurídica de un bien de dominio y uso público y ha sido adoptado por la Comisión Municipal de Gobierno, cuando la competencia exclusiva e indelegable corresponde al Pleno del Ayuntamiento. Por todo ello, concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra b) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

B) Nulidad del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La aceptación de la variación del trazado del camino La Esperanza implica la desafección de un bien de dominio público y su permuta por otro terreno particular, para su incorporación al demanio. Para que tal situación jurídica tenga validez frente al ordenamiento jurídico es preciso, en primer lugar, la incoación de un expediente de alteración de la calificación jurídica, para que el bien de dominio público deje de estar destinado al uso público y se convierta en patrimonial, lo que, en segundo lugar, permitirá su permuta por un bien privado, puesto que sólo los bienes patrimoniales pueden ser objeto de permuta.

El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales califica los caminos vecinales como bienes de dominio público afectados al uso público en cuanto están directamente destinados a ser utilizados por los particulares (Artículo 3.1), por cuya razón establece que la alteración de su calificación jurídica o su descalificación están sometidas a un régimen legal muy riguroso, pues su condición de bienes inalterables, inembargables e imprescriptibles exige la tramitación de un expediente en el que se demuestra la conveniencia del cambio de afectación total o parcial al uso, servicio o aprovechamiento de que se tratare, que deberá ser resuelto, previa información pública durante un mes, por la Corporación Local respectiva mediante acuerdo adoptado, con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la misma (Artículo 8.2). La Ley de Bases del Régimen Local, en su artículo 47.2.n) reitera la necesidad de esa mayoría absoluta en la aprobación por el Pleno de un acuerdo que suponga la alteración en la calificación jurídica de un bien demanial; y coherente con el artículo 132 de la Constitución Española que considera inalterables, inembargables e imprescriptibles a los bienes de dominio público, en su artículo 81.1 establece que *“la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las entidades locales requiere expediente en el que se acrediten su oportunidad y legalidad”*, exigencia que viene reproducida en el artículo 8.1 del RBEL.

A la vista de la legislación expuesta, tres serían los requisitos necesarios para la validez de la desafectación de un bien demanial: acreditación de la oportunidad y legalidad de la alteración en la calificación jurídica, período de información pública durante el plazo de un mes, y su aprobación mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta de miembros de la Corporación.

Al aplicar esta normativa al caso presente, en el que del expediente administrativo resulta que la Comisión Municipal de Gobierno de Argamasilla de Calatrava, a través del Acuerdo de 9 de diciembre de 1999, autorizó a un particular para que suprimiera un tramo del camino público La Esperanza que atravesaba la finca de su propiedad, sustituyéndolo por otro situado en el perímetro de uno de los linderos, paralelo al vallado del mismo; se observa que únicamente consta como actuación practicada el informe favorable emitido por el Servicio de Guardería Rural el día 9 de diciembre de 1999, poniendo de manifiesto las mejores características del terreno en la nueva ubicación del camino y estableciendo tres condiciones para la autorización de la modificación.

Si bien, con ello no puede entenderse cumplido el requisito de oportunidad, puesto que en él no se motiva ni acredita la conveniencia para el interés general del cambio de trazado del camino. Tampoco ha existido trámite de audiencia ni período de información pública, como se pone de manifiesto atendiendo a la fecha de presentación de la solicitud, 7 de diciembre de 1999, y a la fecha de adopción del acuerdo de autorización, 9 de diciembre de 1999. No existe informe jurídico alguno que ampare la legalidad de la decisión adoptada, ni se ha aprobado acuerdo alguno por el Pleno del Ayuntamiento.

El acuerdo de la Comisión, respecto de la desafectación del camino público, no ha cumplido con ninguna de las exigencias previstas para llevar a cabo la alteración en su calificación jurídica, existiendo una ausencia total y absoluta del procedimiento establecido con carácter particular en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y de manera general en la Ley 30/1992, entre cuyas disposiciones sobre procedimientos administrativos exige los trámites de audiencia e información pública, inexistentes en el expediente analizado. Todo ello nos lleva a la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno respecto de la desafectación del camino público La Esperanza.

En supuesto similar, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 30 de noviembre de 2001 (RJCA 2002\369), ha decla-

rado la nulidad de pleno derecho del acuerdo municipal, en los siguientes términos: *“En este caso se ha seguido un procedimiento administrativo con motivo de la solicitud de cambio de trazado presentada en su día por el señor S. B. que desembocó en la resolución impugnada en esta litis por la señora M. M., pero en el que únicamente consta como actuación practicada el acuerdo de exponer al público el expediente administrativo por plazo de un mes, y anunciarse en el Boletín Oficial de la Provincia y tablón de anuncios del Ayuntamiento; única actuación que se revela del todo insuficiente a los efectos de resolver una solicitud de tal naturaleza, que afecta a un camino de uso público, y que como tal requiere que el expediente que se inicie para resolver su desafectación y cambio por uno nuevo con distinto trazado, esté integrado por todas aquellas actuaciones tendentes a demostrar la concurrencia de los requisitos de oportunidad y legalidad que se exigen en estos casos. [...] En consecuencia, el acuerdo municipal impugnado, al apartarse del procedimiento establecido para la desafectación de bienes de dominio público y para la calificación incorporativa al dominio de bienes privados no es conforme a derecho, pues en él no puede advertirse una debida justificación de la legalidad y oportunidad exigibles, que por otra parte tampoco puede desprenderse de la insuficiente tramitación del procedimiento administrativo, el cual, dadas las carencias de las que adolece no puede considerarse hábil para motivar la desafectación de un bien de dominio público y efectuar su permuta por otro terreno particular, que es lo que realmente implica la aprobación de la variación del trazado del camino público litigioso”*.

Pese a ser suficiente la nulidad apreciada respecto del expediente de desafectación para informar favorablemente la revisión de oficio del Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 9 de diciembre de 1999, procede completar este dictamen con el examen del procedimiento de permuta que necesariamente debiera haber seguido al de alteración de la calificación jurídica.

Así, debe tenerse presente la regulación acogida en los artículos 74 y siguientes del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, concernientes a los bienes de las entidades locales, en cuyo artículo 80 se enuncia, como regla de carácter general aplicable a la enajenación de bienes inmuebles de naturaleza patrimonial, que ésta habrá de realizarse *“por subasta pública”*, exceptuándose de ello el caso de la *“enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario”*. También se indica, en su artículo 79.1, *“que toda enajenación, gravamen o permuta de bienes inmuebles habrá de comunicarse al órgano competente de la Comunidad Autónoma”*.

Como desarrollo reglamentario de los citados preceptos y de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, el Estado aprobó el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, mediante Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, que dedica sus artículos 109 al 119 a la regulación de las enajenaciones de bienes inmuebles patrimoniales, contemplado, en su artículo 112, la posibilidad de la permuta, como fórmula alternativa a la subasta, *“con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia de valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por ciento del que lo tenga mayor”*. Por su parte el artículo 113 establece que *“antes de iniciar los trámites conducentes a la enajenación del inmueble se procederá a depurar la situación física y jurídica del mismo, practicándose su deslinde si fuera necesario, e inscribiéndose en el Registro de la Propiedad si no lo estuviese”*. Además, tal y como exige el artículo 118, será requisito previo a toda permuta, la valoración técnica de los bienes patrimoniales que acredite de modo fehaciente su justiprecio.

De lo expuesto se deduce que al Derecho Público no le es indiferente si se enajena o no un bien o si se efectúa o no una permuta y con qué otro bien o derecho se efectúa, debiendo de sujetarse a los principios recogidos en el ordenamiento y a los trámites establecidos en el pertinente procedimiento administrativo.

En este caso, y al tratarse de una permuta de un bien patrimonial de una corporación local, de acuerdo con la citada normativa y jurisprudencia que la aplica, dos serían los requisitos esenciales para que se pueda llevar a cabo: la conveniencia de la operación para el interés general y la equivalencia de valores entre los bienes a permutar.

La conveniencia de la permuta se concretaría en tres aspectos que deben recogerse en el expediente:

- Que la adquisición del bien sea necesaria.
- Que la adquisición del bien que se pretende sea preciso que se haga a través de una permuta y no mediante compraventa o expropiación.
- Que unos bienes sean más convenientes que otros para satisfacer el interés general.

En el presente caso no se ha acreditado la necesidad de la permuta, ya que, como se ha dicho anteriormente, faltan los informes y consideraciones técnicas, económicas y jurídicas que justifiquen la necesidad

de efectuar esa adquisición mediante permuta, sistema excepcional de enajenación de los bienes municipales.

Tal y como recoge la jurisprudencia: “[...] *la justificación de la permuta debe aparecer en el expediente con carácter previo a través de los informes correspondientes que expliquen por qué se acude a esta figura, qué es lo que se persigue con la misma y si existen o no otras alternativas en función del coste para las arcas municipales y el interés público que se defiende para que previa valoración de las fincas, y como colofón a dicha justificación, se autorice o no la misma...*” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 18 de mayo de 2005, JUR. 128169). “*Ello conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta, únicamente podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2002 RJ. Ar. 5932). En este caso no existe la citada justificación.

Por otro lado, el requisito relativo a la equivalencia de valores se concreta en los siguientes aspectos:

- Debe existir una tasación de los bienes a permutar a fin de conocer su valor.
- Los valores, entre los bienes a permutar, deben guardar una cierta equivalencia, motivo por el que se prohíbe la permuta si existe una diferencia del 40% del que lo tenga mayor.

Respecto a este segundo requisito se ha comprobado que también se incumple, lo que no permite establecer una equivalencia o correspondencia de valores entre ambos bienes, motivo por el cual no puede considerarse cumplido el requisito de la valoración técnica de los bienes a permutar anterior al acuerdo objeto de revisión, cuestión trascendental para evitar desequilibrios económicos perjudiciales en la enajenación de bienes públicos.

El incumplimiento de los anteriores requisitos es insubsanable ya que no constituyen meros defectos formales del expediente, sino que afectan a la esencia de la validez de la permuta.

Debemos señalar, además, que también se incumplen otras exigencias legales, como la obligación de comunicar al órgano competente de la Comunidad Autónoma la permuta, así como la de depurar la si-

tuación física y jurídica de los bienes, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad si no estuviesen inscritos.

Por todo ello, con el análisis del expediente remitido a este órgano, se llega a la conclusión, no sólo de que se han omitido trámites esenciales, sino que en realidad ha faltado, en su totalidad, el procedimiento legalmente previsto para llevar a cabo la citada permuta, ya que sólo consta la presentación por la Comunidad de Bienes T, del escrito de 7 de diciembre de 1999 proponiendo el cambio de trazado del camino; la emisión de informe favorable del Servicio de Guardería Rural con fecha 9 de diciembre de 1999, con fundamento en la mejor calidad de los terrenos del nuevo trazado; y el acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 9 de diciembre de 1999, que acepta las peticiones de la parte interesada con sujeción a tres condiciones que debieron resultar cumplidas, pues respecto de ello nada se dice a lo largo del expediente.

Por todo lo expuesto, sólo cabe concluir que concurre la causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por cuanto se aprecia una completa inexistencia de tramitación del procedimiento de permuta, al no concurrir ninguno de los presupuestos legalmente exigidos.

V

Límites de la revisión de oficio.- Aunque, según la consideración anterior, entiende este Consejo que en el acuerdo objeto de la presente revisión de oficio concurren las dos causas de nulidad radical invocadas por la Administración Local, como quiera que la parte interesada invoca en sus alegaciones los principios de “buena fe” y “confianza legítima” como límites a la potestad revisora instada por la Corporación, aduciendo que la subordinación a las exigencias derivadas de tales principios impide que el Ayuntamiento pueda alterar el contenido del acuerdo cuestionado “*imponiendo la voluntad que en su día no tenía*”, se considera conveniente analizar esta cuestión a la luz del artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la jurisprudencia que lo interpreta.

Según el artículo citado, “*las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*”, circunstancias a las que, según la doctrina, hay que añadir la confianza legítima a la que se refiere expresamente el artículo 3 de la misma Ley desde su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de

enero, como principio general que deberán respetar todas las Administraciones en sus actuaciones.

Sobre este principio de confianza legítima ha dicho la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990 (Ar. RJ 1990/1258) que:

“El «principio de protección de la confianza legítima» que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general-, en la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica”.

Ahora bien, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1990 (Ar. RJ 1990\10149), *“para la aplicación del principio de confianza ... se requiere que sea legítima, o sea que esté ajustada a Derecho, no pudiendo vulnerarse cuando los defectos del pacto declarado nulo eran manifiestos y no se han cumplido los requisitos básicos de la contratación administrativa”.*

Señalando, por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2005 (Ar. RJ 2005\3942) que: *“En la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1988, de 21 de abril, se afirma que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad «de venire contra factum proprium», surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos.*

El principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, en las Sentencias de 1 de febrero de 1990 [RJ 1990,1258] [-F. 1º y 2º], 13 de febrero de 1992 [RJ 1992,1699] [F. 4º], 17 de febrero [RJ 1997,1147], 5 de junio [RJ 1997,4599] y 28 de julio de 1997 [RJ 1997,6890]), y se consagra en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992,2512, 2775 y RCL

1993,246), tras su modificación por la Ley 4/1999 (RCL 1990,114, 329), que en su artículo 3, cuyo número 1, párrafo 2º, contiene la siguiente redacción: «Igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima»”.

La aplicación de la anterior doctrina al presente supuesto conduce a entender que su eventual revisión defraudaría el principio de confianza legítima de la Comunidad de Bienes solicitante que, después de formular la solicitud de cambio de trazado del camino, para evitar que quedara cerrado su acceso al proceder al vallado de la finca con amparo en la licencia municipal de obras que le había sido concedida; hacerse cargo de las obras de ejecución del nuevo trazado; cumplir las condiciones impuestas por la Comisión Municipal de Gobierno en el acuerdo de autorización, en orden a la ubicación del nuevo itinerario y al ancho del camino; obtener el informe favorable del Servicio de Guardería Rural; y la autorización por parte del Ayuntamiento; vería ahora que se declara la nulidad de aquel acuerdo de autorización, por defectos cometidos por la propia Administración que lo invoca en perjuicio de la Comunidad de Bienes interesada, la que, sin duda, actuó movida por la buena fe y la confianza legítima de que el acuerdo era plenamente válido. Si se procediera a revisar la resolución objeto de este procedimiento se infringiría dicho principio de confianza legítima y buena fe del interesado en base a un incumplimiento que, en este supuesto, sería totalmente imputable a la Administración.

Este Consejo tiene dicho (baste por todos el dictamen 57/2013, de 6 de marzo) que no debe perderse de vista que toda potestad administrativa, y señaladamente una tan exorbitante y restrictiva como es la revisión de oficio, exige para su ejercicio una finalidad legitimadora. La revisión de oficio no busca el restablecimiento en abstracto de la legalidad, sino que tiene que servir a un fin reparador. En el caso presente es claro y patente que, como se ha dicho, concurren las causas de nulidad aducidas por la Corporación en el expediente, pues se autorizó la modificación del trazado del camino por órgano incompetente y sin tramitar procedimiento alguno. Sin perjuicio de ello, una eventual declaración de nulidad que se adoptara en este momento, quince años después, no conllevaría efecto reparador alguno en lo que respecta a la propia situación jurídica creada, toda vez que impondría la restitución del camino a su anterior ubicación, carente de las condiciones de paso y circulación que tiene el camino actual, así como la retirada del vallado de la finca de la Comunidad de Bienes interesada, para permitir el tránsito por el referido camino.

A mayor abundamiento, el tiempo transcurrido ha servido para consolidar una situación jurídica mantenida hasta el momento y por razones de seguridad jurídica y equidad no puede ser cuestionada en la actualidad. En este sentido se ha manifestado el Consejo de Estado (Dictamen 55621 de 7 de marzo de 1991), siguiendo la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 27 de febrero de 1968, 28 de junio de 1969, 22 de abril de 1971 y 29 de abril de 1971), al indicar que se considera contrario a la equidad ejercer la revisión de oficio en los supuestos en que ha transcurrido un lapso prolongado de tiempo.

Es decir, el ejercicio de la actividad revisora en este momento no supondría beneficio alguno para el interés público, por cuando obligaría a la reposición del camino a su ubicación y estado primitivos, con la consiguiente posibilidad para la Administración de tener que hacer frente a una reclamación de responsabilidad patrimonial, como ya ha anunciado la Comunidad de Bienes, para abonar los daños y perjuicios que tal situación le hubiera podido producir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, siempre que se constatará el cumplimiento de los requisitos fijados en los artículos 139 y siguientes de esa norma legal.

Por lo tanto, procede aplicar los límites a la revisión de oficio establecidos en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no sólo porque han transcurrido más de quince años desde que fuera dictado el acuerdo que autorizó el cambio de trazado, sino, sobre todo, porque la declaración de nulidad del mismo resultaría contraria a los principios de equidad, buena fe y confianza legítima de la Comunidad de Bienes interesada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que aun concurriendo las causas de nulidad establecidas en el artículo 62.1.b) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, procede informar desfavorablemente la declaración de nulidad del Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 9 de diciembre de 1999, por el que se acepta la modificación del trazado del camino público “La Esperanza” propuesta por la Comunidad de Bienes T, por resultar dicha revisión contraria a la equidad, a la buena fe y a la confianza legítima de la administrada.

Toledo, 18 de marzo de 2015

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE LA CONSULTA FORMULADA POR LA CONSEJERA DE AGRICULTURA ACERCA DE LA PRECEPTIVIDAD DEL DICTAMEN DEL CONSEJO CONSTULVIO EN RELACIÓN AL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE DECLARAN COMO ZONAS ESPECIALES DE CONSERVACIÓN DE LA RED NATURAL 2000 EN CASTILLA-LA MANCHA, CUARENTA LUGARES DE IMPORTANCIA COMUNITARIA, SE PROPONE A LA COMISIÓN EUROPEA LA MODIFICACIÓN DE LOS LÍMITES DE CATORCE DE ESTOS ESPACIOS Y SE MODIFICAN LOS LÍMITES DE OCHO ZONAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA LAS AVES.

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Acuerdo de inicio del procedimiento.- En sesión celebrada el 3 de mayo de 2012 el Consejo de Gobierno acordó dar inicio al procedimiento para la declaración de Zonas Especiales de Conservación de la Red Natura 2000 en Castilla-La Mancha bajo la figura de Zona Sensible, de setenta y dos Lugares de Importancia Comunitaria sitios en el territorio de la Comunidad Autónoma. Sometía, asimismo, el expediente a información pública durante un plazo de 20 días.

Dicho acuerdo se hizo público en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha n.º 91 de 9 de mayo de 2012.

Segundo. Informe de la Dirección General de Calidad e Impacto Ambiental.- Dando contestación a la consulta previa formulada, la Directora General de Calidad e Impacto Ambiental emitió comunicación con fecha 26 de junio de 2013, concluyendo que los instrumentos de gestión de los territorios de Castilla-La Mancha incluidos dentro de la Red Natura 2000 no requieren ser objeto de evaluación ambiental, por no encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha.

Tercero. Consejo Asesor de Medio Ambiente de Castilla-La Mancha.- Figura en el expediente una certificación expedida el 6 de mayo de 2014 por el Secretario del Consejo Asesor de Medio Ambiente de Castilla-La Mancha, acreditativa de que el borrador de Decreto fue sometido al Pleno de dicho órgano consultivo en sesión celebrada el 28 de abril de 2014.

Cuarto. Memoria justificativa.- Se incorpora a continuación la memoria suscrita por el Director General de Montes y Espacios Naturales con fecha 7 de mayo de 2014, en la que se justificaba la necesidad de proceder a la aprobación de los planes de gestión de cuarenta espacios de la Red Natura 2000 en Castilla-La Mancha y la consiguiente declaración como Zonas Especiales de Conservación de los Lugares de Importancia Comunitaria, aprobación del plan de gestión de una Zona de Especial Protección para las Aves y tramitación y aprobación de una propuesta de modificación y ajustes de límites de diversos espacios de la Red Natura 2000.

Señalaba que conforme a lo establecido en el artículo 42.3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, la declaración de las Zonas Especiales de Conservación de los diferentes espacios deberá ser aprobada junto a los planes de gestión afectantes a los mismos, tramitándose así para el cumplimiento de tales fines dos procedimientos paralelos de elaboración de Decreto y de Orden respectivamente.

En cuanto a los planes de gestión refería que se estructuraban en cuatro partes: diagnóstico del espacio Red Natura 2000, objetivos y medidas de conservación, participación ciudadana e información cartográfica. La participación pública en la elaboración de dichos planes se había desarrollado de manera presencial -a través de la realización de jornadas en los diferentes espacios dirigidas a grupos focales interesados como Ayuntamientos, propietarios, agricultores o ganaderos-, y no presencial mediante la publicación en el tablón de anuncios electrónico de la Junta de Comunidades -así se acredita con el certificado correspondiente de la Inspector General de Servicios-.

Significaba, igualmente, que las mejoras técnicas en los sistemas de información geográfica, así como la disponibilidad de bases geográficas de mayor calidad e información técnica y científica de los tipos de hábitat y especies de interés comunitario, permitían una mayor precisión en la elaboración de trabajos cartográficos y delimitación de las áreas geográficas que ocupan los diferentes hábitats y especies, lo que

hacía necesario la modificación y ajuste respecto al límite originariamente definido en los espacios de la Red Natura 2000. Procedería, por tanto, corregir errores cartográficos, obtener una mejor representación y protección de los tipos de hábitat y especies de interés comunitario y, en aquellos casos en los que existe una coincidencia entre Zonas Especiales de Conservación y Zonas de Especial Protección para las Aves, ajustar los límites de éstas.

Destacaba que el proyecto de Decreto no presentaba incidencia alguna en cuanto a género.

En relación al gasto que derivaría de la aprobación del Decreto fijaba un coste medio de 88,84 euros por hectárea y año -con valores de 2012-, incluyendo costes estructurales, planificación y acciones de conservación ordinarias y extraordinarias, cofinanciándose con fondos de la Unión Europea a través de diferentes programas (LIFE, FEADER, FEDER, PAC,...).

Quinto. Información pública.- Para continuar el procedimiento, con fecha 11 de junio de 2014 el Director General de Montes y Espacios Naturales dictó resolución por la que se sometió a información pública la aprobación de los planes de gestión de cuarenta espacios de la Red Natura 2000 en Castilla-La Mancha y la consiguiente declaración como Zonas Especiales de Conservación de los Lugares de Importancia Comunitaria, aprobación del plan de gestión de una Zona de Especial Protección para las Aves y tramitación y aprobación de propuestas de modificación y ajustes de límites de diversos espacios de la Red Natura 2000.

Dicha resolución fue publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha n.º 115 de 17 de junio siguiente.

Se incorporan al expediente numerosas alegaciones formuladas por los interesados tanto particulares, como asociaciones y Administraciones afectados.

Sexto. Informe sobre las alegaciones formuladas.- A la vista de las alegaciones presentadas por los diversos interesados, con fecha 16 de febrero de 2015 el Director General de Montes y Espacios Naturales emitió informe en el que se recogía el tratamiento otorgado a las mismas.

Séptimo. Memoria económica.- En idéntica fecha 16 de febrero, el Director General de Montes y Espacios Naturales suscribió memoria económica sobre el coste de la Red Natura 2000 en Castilla-

La Mancha y sus diferentes vías de financiación, concluyendo que *“La adopción de medidas de conservación en la Red Natura 2000 corresponde a múltiples actores, diferentes administraciones y entidades públicas por un lado y a particulares por otro. [...] Las fuentes de financiación son múltiples y diversas, fondos propios, cofinanciación comunitaria, aportaciones de particulares, etc, aunque en gran medida la principal fuente de financiación corresponde a diversos instrumentos financieros sujetos a cofinanciación comunitaria”*.

Añadía que *“Con la organización administrativa existente no es posible establecer cuál es el coste total de la Red Natura 2000 en Castilla-La Mancha, y a su vez no se puede concretar cuál es el presupuesto conjunto para todos los actores intervinientes en la Red Natura 2000. [] Las acciones a desarrollar respecto a la Red Natura 2000 por la Dirección General de Montes y Espacios Naturales dependerán de los fondos que anualmente aporten las diversas vías de financiación consideradas. [] En ningún caso, por los diversos condicionantes establecidos, se puede aventurar un presupuesto con esta finalidad en próximos años”*.

Octavo. Informe de la Dirección General de Presupuestos.-

En atención a lo expresado en la citada memoria y demás documentación remitida, con fecha 12 de marzo de 2015 emitió informe la Directora General de Presupuestos de la Consejería de Hacienda, en el que se pronunciaba favorablemente sobre los proyectos de Decreto y de Orden, indicando que *“La aplicación de las medidas contempladas en estos proyectos normativos y su financiación, con un coste medio por hectárea y año de 93,07 euros, queda sujeta a la aprobación del Plan de Desarrollo Rural 2014-2020 y al tratarse fundamentalmente de actuaciones cofinanciadas por la Unión Europea se estará, consecuentemente, a los fondos que se reciban de la misma”*.

Añadía que *“las actuaciones cofinanciadas por la Unión Europea supondrán la inversión de más de 366 millones de euros en la Red Natura 2000 en el periodo operativo 2014-2020 a través de los instrumentos financieros FEDER, FEADER y LIFE”*.

Concluía señalando que *“La financiación para ejercicios futuros quedará supeditada a las dotaciones financieras que para tal fin se consignen en las sucesivas leyes de presupuestos”*.

Noveno. Informe de la Secretaria General.- Se aporta seguidamente el informe emitido el 26 de marzo de 2015 por la Secretaria General de Agricultura en el que se expresa que, habiéndose acreditado la audiencia a los interesados, la realización del trámite de información pública y participación ciudadana y la consulta al Consejo Asesor de Medio Ambiente, no se encuentra obstáculo jurídico alguno para

la aprobación de los proyectos de Decreto y Orden previo informe del Gabinete Jurídico.

Décimo. Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades.- Sometidos los proyectos de Decreto y de Orden junto con el expediente en que traen causa al Gabinete Jurídico en solicitud de informe, con fecha 8 de abril de 2015 una letrada adscrita a dicho órgano, con el visto bueno de la Directora de los Servicios Jurídicos, se pronunció sobre los mismos en sentido favorable.

Tras efectuar diversas consideraciones procedimentales en relación al proyecto de Decreto, concluía expresando que *“El Decreto presenta una naturaleza jurídica compleja, existiendo discrepancias jurídicas sobre su condición de disposición de carácter general o su condición de decreto formal que no contiene un verdadero reglamento. La tramitación ha cumplido con el artículo 36 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y la normativa específica de aplicación y por tanto no puede recibir tacha alguna jurídica. [] Se recomienda, dadas las consideraciones sobre su naturaleza jurídica, la remisión al Consejo Consultivo para que resulten dirimidas y en ningún caso pueda resultar aquejado de nulidad por falta de un requisito esencial del procedimiento, si bien es posible que el Consejo se pronuncie en el sentido de considerar el Decreto como un mero acto que no requiere su dictamen”*.

Undécimo. Informe de la Secretaria General.- En atención al pronunciamiento del Gabinete Jurídico, con fecha 9 de abril de 2015 la Secretaria General emitió nuevo informe en el que manifestaba que *“Esta Consejería ha considerado que no resulta preceptivo el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha por cuanto las Zonas de Especial Conservación son Zonas Sensibles como lo son las Zonas de Especial Protección de las Aves o los Refugios de Fauna, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza. Y que, respecto a su declaración el artículo 55.1 de la citada Ley 9/1999, de 26 de mayo, establece que la designación de las zonas señaladas en los apartados a) y b) del artículo anterior a saber (ZEPA y ZEC) se realizará mediante Decreto del Consejo de Gobierno, una vez sometida a información pública y cumplimentados los trámites que, en su caso, exija la normativa básica, que en lo relativo a dictámenes de los órganos consultivos no dice nada”*.

Como argumentos adicionales en pro de su posición añadía, por un lado, que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en sentencia nº 453 de 7 de julio de 2014 dictada en procedimiento seguido contra el Decreto 141/2012 , de 25 de octubre, por el que se desafec-

taron del régimen cinegético especial de Refugio de Fauna los montes de Quinto de Don Pedro y Cardeñosa (otra Zona Sensible) señaló que *“resulta dudoso que tuviera que informar el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dado que no estamos estrictamente en presencia de un reglamento ejecutivo”*; y, por otro, destacaba los escasos y aislados supuestos en los que fórmulas de aprobación de figuras de protección de similar tipología habían sido sometidas al dictamen de los Consejos Consultivos autonómicos.

Duodécimo. Consulta al Consejo Consultivo.- Ante la situación planteada y teniendo en cuenta lo manifestado por el Gabinete Jurídico, la Consejera de Agricultura formuló consulta al Consejo Consultivo en idéntica fecha 9 de abril, *“para que determine si la emisión de su dictamen resulta preceptivo”* en relación al proyecto de Decreto elaborado.

Añadía que en el caso *“de que consideren que es preceptivo el informe se solicita que el mismo se emita con carácter de urgencia, para que el Consejo de Gobierno pueda aprobar el Decreto y así dar cuenta a la Comisión Europea del cumplimiento de la obligación de declaración de estas zonas”*.

En tal estado de tramitación V. E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 10 de abril de 2015.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El artículo 54 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, enumera los asuntos que deberán ser sometidos al dictamen de este órgano con carácter preceptivo, añadiendo, por su parte, el artículo 55 que, además de tales consultas preceptivas, podrá recabarse el dictamen del Consejo en aquellos otros asuntos, no incluidos en el artículo anterior, que por su especial trascendencia o repercusión lo requieran.

Aun sin invocar fundamento legal alguno, la Consejera de Agricultura ha sometido a la consideración del Consejo Consultivo consulta acerca de si resulta preceptivo su dictamen en relación al proyecto de

Decreto por el que se declaran como Zonas Especiales de Conservación (ZEC) de la Red Natura 2000 en Castilla-La Mancha cuarenta Lugares de Importancia Comunitaria (LIC), se propone a la Comisión Europea la modificación de los límites de catorce de estos espacios y se modifican los límites de ocho Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA).

No pudiendo incardinarse este pronunciamiento en ninguno de los apartados recogidos en el artículo 54 antes citado, habrá de emitirse el dictamen con carácter facultativo.

II

Requisitos formales de la consulta.- Para la formulación de consultas facultativas ante este órgano el artículo 55 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, aludido, requiere únicamente que el asunto objeto de las mismas presente "*especial trascendencia o repercusión*".

No obstante, a tales consultas le son igualmente de aplicación los requisitos establecidos de manera genérica para la tramitación de cualquier asunto ante el Consejo, independientemente del carácter que revista su intervención, los cuales se refieren a:

- Órgano con competencia para formular dichas consultas, regulado en el artículo 56 de la Ley, que establece que podrán recabar el dictamen del Consejo el Presidente de la Junta de Comunidades, el Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha o el Consejero competente.

- Necesidad de que a la petición de consulta se acompañe toda la documentación correspondiente a la cuestión planteada, recogido en el artículo 53.1 del citado texto legal.

- Exigencia de concretar con la mayor precisión posible los términos de la consulta, previsto en el artículo 36 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha el 27 de junio de 1996.

En relación al cumplimiento de los requisitos señalados, es preciso comenzar indicando que la solicitud de dictamen ha sido acordada por la Consejera de Agricultura al amparo del precepto primeramente citado.

En segundo término, ha de destacarse que en el propio escrito de formulación de la consulta se plasma la incertidumbre jurídica sus-

citada a raíz del informe emitido por el Gabinete Jurídico en orden a la naturaleza jurídica que presenta el Decreto planteado y a si este Consejo debería intervenir con carácter preceptivo en el procedimiento seguido para su tramitación, circunstancia esta de la que es posible colegir la especial trascendencia o repercusión de la cuestión planteada a fin de evitar que el Decreto que se apruebe finalmente adolezca de deficiencias procedimentales que podrían llevar aparejada su eventual nulidad. Ha de estimarse, por ende, debidamente justificada la relevancia de la consulta planteada y el cumplimiento del requisito exigido en el artículo 55 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre.

Por otro lado, se ha acompañado a la solicitud de consulta toda la documentación correspondiente a la cuestión formulada, conforme determina el artículo 53.1 del citado texto legal, consistente en los documentos conformadores del procedimiento de elaboración del proyecto de Decreto por el que se declaran como Zonas Especiales de Conservación de la Red Natura 2000 en Castilla-La Mancha cuarenta Lugares de Importancia Comunitaria, se propone a la Comisión Europea la modificación de los límites de catorce de estos espacios y se modifican los límites de ocho Zonas de Especial Protección para las Aves, y del proyecto de Orden por la que se aprueban los planes de gestión de cuarenta y un espacios de la Red Natura 2000 en Castilla-La Mancha.

Finalmente hay que reseñar que, de conformidad con lo exigido por el artículo 36 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, en la solicitud se ha concretado el objeto de la consulta, señalando específicamente que se solicita un pronunciamiento de este órgano consultivo acerca de si es preceptivo su dictamen en relación al citado proyecto de Decreto, añadiendo que, si así se llegara a considerar, se emitiera el mismo con carácter de urgencia. Esta última circunstancia ha sido justificada en el escrito de petición del dictamen al afirmar la titular de la Consejería que procede *“para que el Consejo de Gobierno pueda aprobar el Decreto y así dar cuenta a la Comisión Europea del cumplimiento de la obligación de declaración de estas zonas”*, actuación que conforme se desprende del expediente enviado se hallaba sometida a la fecha límite del 14 de abril.

El carácter facultativo de la consulta hace que en el supuesto examinado no quepa exigir otros requisitos que los ya aludidos y que, como se ha indicado, deben considerarse suficientes para posibilitar la emisión del presente dictamen.

III

Planteamiento de la consulta.- Se formula al Consejo Consultivo consulta sobre si resulta preceptiva la emisión de su dictamen en relación al proyecto de Decreto por el que se declaran como Zonas Especiales de Conservación de la Red Natura 2000 en Castilla-La Mancha cuarenta lugares de Importancia Comunitaria, se propone a la Comisión Europea la modificación de los límites de catorce de estos espacios y se modifican los límites de ocho Zonas de Especial Protección para las Aves.

Tal duda se ha suscitado a raíz del contenido del informe emitido por el Gabinete Jurídico en el procedimiento de elaboración del citado Decreto, en el que se planteaban incertidumbres en relación a la naturaleza jurídica del mismo y si constituía un reglamento ejecutivo que precisara de modo preceptivo el dictamen de este órgano de acuerdo con lo previsto en el artículo 54.4 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Afirmaba al efecto dicho Gabinete Jurídico que *“El Decreto presenta una naturaleza jurídica compleja, existiendo discrepancias jurídicas sobre su condición de disposición de carácter general o su condición de decreto formal que no contiene un verdadero reglamento. La tramitación ha cumplido con el artículo 36 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y la normativa específica de aplicación y por tanto no puede recibir tacha alguna jurídica. [] Se recomienda, dadas las consideraciones sobre su naturaleza jurídica, la remisión al Consejo Consultivo para que resulten dirimidas y en ningún caso pueda resultar aquejado de nulidad por falta de un requisito esencial del procedimiento, si bien es posible que el Consejo se pronuncie en el sentido de considerar el Decreto como un mero acto que no requiere su dictamen”*.

La Consejería, por su parte, en el informe emitido por la Secretaría General, ha dejado clara su posición en orden a considerar que no resulta preceptivo dicho dictamen en el procedimiento de aprobación del Decreto, aduciendo al efecto tres argumentos: por un lado, que el procedimiento a seguir en la aprobación del Decreto será el previsto en el artículo 55.1 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, en el que no se contempla tal trámite; por otro, que el propio Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en sentencia de 7 de julio de 2014 dictada en procedimiento seguido contra el Decreto 141/2012, de 25 de octubre, por el que se desafectaron del régimen cinegético especial de Refugio de Fauna los montes Quintos de Don Pedro y

Cardeñosa, ha expresado en relación a esa Zona Sensible que *“resultaba dudoso que tuviera que informar el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dado que no estamos estrictamente en presencia de un reglamento ejecutivo”*; finalmente, que son escasos y aislados los supuestos en que los órganos consultivos autonómicos se han pronunciado sobre antecedentes de este tipo.

Desde estos planteamientos previos procede examinar la cuestión planteada, haciéndose preciso plasmar inicialmente el marco jurídico en el que se incardina el proyecto de Decreto referido, para posteriormente determinar -a la vista del significado jurídico del término- si el mismo puede calificarse como reglamento ejecutivo que precise en su procedimiento de elaboración de la intervención preceptiva del órgano consultivo.

IV

Marco jurídico en el que se integra el proyecto de Decreto.- La Directiva 1992/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1992, de Conservación de los Hábitats Naturales y de la Fauna y Flora Silvestres, creó en su artículo 3 una red ecológica europea coherente de zonas especiales de conservación denominada Natura 2000, a fin de *“garantizar el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de las especies de que se trate en su área de distribución natural”*. Añade el precepto que *“La Red Natura 2000 incluirá asimismo las zonas de protección especiales designadas por los Estados miembros con arreglo a las disposiciones de la Directiva 79/409/CEE”*, del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres -derogada por la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, de conservación de las aves silvestres-.

En el artículo 4 recoge dicho instrumento normativo la obligación de los Estados de proponer una lista de lugares que presenten tipos de hábitats y especies autóctonas enumeradas en los anexos, la cual será remitida a la Comisión, órgano que redactará un proyecto de lista de Lugares de Importancia Comunitaria que, basándose en las propuestas de los Estados miembros, incluya lugares que alberguen uno o varios tipos de hábitats naturales prioritarios y una o varias especies prioritarias.

Añade el precepto que *“Una vez elegido un lugar de importancia comunitaria con arreglo al procedimiento dispuesto en el apartado 2, el Estado*

miembro de que se trate dará a dicho lugar la designación de zona especial de conservación lo antes posible y como máximo en el plazo de seis años, fijando las prioridades en función de la importancia de los lugares el mantenimiento o el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de un tipo de hábitat natural de los del Anexo I o de una especie de las del Anexo II y para la coherencia de Natura 2000, así como en función de las amenazas de deterioro y destrucción que pesen sobre ellos”.

Con el fin de avanzar en el proceso de transposición de esta normativa al Derecho español -iniciada por el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres-, se aprobó la vigente Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, declarada de carácter básico por su disposición final segunda.

Esta disposición normativa dedica el Capítulo III del Título II a los “Espacios protegidos Red Natura 2000”, la cual define en el artículo 41.1 como “una red ecológica coherente compuesta por los Lugares de Importancia Comunitaria hasta su transformación en Zonas Especiales de Conservación, dichas Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves, cuya gestión tendrá en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales, así como las particularidades regionales y locales”. Añade el precepto que “Los Lugares de Importancia Comunitaria, las Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves tendrán la consideración de espacios protegidos, con la denominación de espacio protegido Red Natura 2000, y con el alcance y las limitaciones que las Comunidades Autónomas establezcan en su legislación y en los correspondientes instrumentos de planificación”.

En concordancia con la norma comunitaria, el artículo 42 señala que las Comunidades Autónomas elaborarán una lista de los lugares situados en su territorio que puedan ser declarados como Zonas Especiales de Conservación por el tipo de hábitat y especies existentes en aquéllos. Tal lista se enviará al Ministerio competente, desde donde se remitirá a la Comisión Europea para su aprobación como Lugares de Importancia Comunitaria. Añade que “Una vez aprobadas o ampliadas las listas de Lugares de Importancia Comunitaria por la Comisión Europea, éstos serán declarados por las Comunidades Autónomas correspondientes como Zonas Especiales de Conservación lo antes posible y como máximo en un plazo de seis años, junto con la aprobación del correspondiente plan o instrumento de gestión”.

Describe el procedimiento el artículo 44 significando que “Las Comunidades Autónomas, previo procedimiento de información pública, decla-

rarán las Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves en su ámbito territorial. Dichas declaraciones se publicarán en los respectivos Diarios Oficiales incluyendo información sobre sus límites geográficos, los hábitat y especies por los que se declararon cada uno. De ellas se dará cuenta al Ministerio de Medio Ambiente a efectos de su comunicación a la Comisión Europea”.

Para culminar el régimen jurídico descrito, la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, ha detallado estas normas de protección en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha, introduciendo una tipología propia de espacios protegidos, especificaciones sobre su planificación y la designación de Zonas Sensibles.

Dentro de esta última categoría recoge el artículo 54 las Zonas de Especial Protección para las Aves y los Lugares de Importancia Comunitaria y las Zonas Especiales de Conservación designadas en aplicación de la Directiva 1992/43/CEE antes citada.

En su artículo 55 dispone que la designación de zonas de tales categorías *“se realizará mediante Decreto del Consejo de Gobierno, una vez sometida a información pública y cumplimentados los trámites que, en su caso, exija la normativa básica”.*

Habiendo dictado la Comisión Europea la Decisión 2006/613/CEE, de 19 de julio de 2006, por la que se adopta de conformidad con la Directiva 1992/43/CEE, del Consejo, la lista inicial de Lugares de Importancia Comunitaria de la Región Biogeográfica Mediterránea -completada con sucesivas Decisiones posteriores-, que contiene setenta y dos lugares propuestos por la Comunidad Autónoma, procede impulsar la declaración de las correspondientes Zonas Especiales de Conservación de la Red Natura 2000, objetivo con el que se ha tramitado el proyecto de Decreto en relación al cual se solicita la consulta.

Dicho Decreto de declaración de tales figuras de protección deberá someterse para su tramitación al procedimiento especial exigido por los preceptos legales transcritos, que requieren únicamente el trámite de información pública y su publicación en el Diario Oficial, dando cuenta de tal actuación al Ministerio competente en orden a la comunicación a la Comisión Europea.

V

Preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias.- No contempla el procedimiento especial descrito en la consideración precedente para la declaración de Zonas Especiales de Conservación y Zonas de Especial Protección para las Aves, la participación de órgano consultivo alguno.

La intervención preceptiva del Consejo Consultivo en los proyectos de elaboración de normas reglamentarias se limita, según establece el artículo 54.4 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, a los *“Proyectos de Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones”*.

Es decir, sólo se considerará preceptiva la intervención del órgano consultivo en los procedimientos de elaboración de reglamentos ejecutivos.

El Tribunal Constitucional ha expresado acerca de dicha categoría normativa -sentencia 18/1982, de 4 de mayo, RTC 1982\18- que la *“colaboración entre la ley y el reglamento en la ordenación de una materia, sin embargo, sólo adquiere verdadera virtualidad en relación con aquellos reglamentos en los que se acentúa la idea de ejecución o desarrollo de la ley, y al propio tiempo la exigencia de una más específica habilitación legal. Existe en nuestro derecho una tradición jurídica que dentro de los reglamentos, como disposiciones generales de la Administración con rango inferior a una ley, y aun reconociendo que en todos ellos se actúa el ejercicio de la función ejecutiva en sentido amplio, destaca como «reglamentos ejecutivos» aquellos que están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento. Son reglamentos que el Consejo de Estado ha caracterizado como aquellos «cuyo cometido es desenvolver una ley preexistente o que tiene por finalidad establecer normas para el desarrollo, aplicación y ejecución de una ley»”*.

En consonancia con dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo define los reglamentos ejecutivos como *“normas subordinadas a la Ley [que] responden a una exigencia: completar y desarrollar la Ley que los habilita”* -Sentencia de 22 de enero de 2000, RJ 2000\2992-.

Incide en su significado en su sentencia de 9 de mayo de 2006 -RJ 2006\4036- con cita de otras tantas, expresando que “*nuestra doctrina califica como reglamentos ejecutivos los que la doctrina tradicional denominaba «Reglamentos de Ley». Se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, lo acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley. En segundo lugar, es preciso que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico. [] Por ello no son considerados ejecutivos, a efectos del referido artículo 22.3 LOCE (RCL 1980,921), los Reglamentos «secundum legem» o meramente interpretativos, entendiéndose por tales los que se limitan a aclarar la Ley según su tenor literal, sin innovar lo que la misma dice. Tampoco los Reglamentos que se limitan a seguir o desarrollar en forma inmediata otros Reglamentos (sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 1991 [RJ 1991,8178]) y los Reglamentos independientes que -«extra legem»- establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la propia Administración.*

[...] *Sí destacaremos que la sentencia de 23 de marzo de 2004 (RJ 2004,2358) declara, conforme a reiterada jurisprudencia, que no es necesaria la consulta del máximo órgano consultivo respecto de aquellas disposiciones reglamentarias que no tengan carácter ejecutivo de una Ley y carezcan de carácter innovador del Ordenamiento Jurídico”.*

Inciendo en esta idea de innovación del ordenamiento vinculada a los reglamentos ejecutivos, y por lo que respecta al ámbito de los figuras de protección de la naturaleza que interesa al supuesto planteado como base de este dictamen, es preciso traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2003 -RJ 2004\106- dictada en relación al Decreto 91/1995, de 2 de mayo, de la Diputación General de Aragón, sobre declaración de paisaje protegido de los Pinares de Rodeno, en la que se debatía sobre la eventual nulidad de aquél al haberse omitido el preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Manifiesta el Alto Tribunal, después de plasmar las peculiaridades que caracterizan los reglamentos ejecutivos y describir el contenido del Decreto, que el mismo “*no incorpora en realidad una regulación de carácter general a la que quepa atribuir, propiamente, el significado o función de precisar, desarrollar o completar, mediante otras, las previsiones normativas de la Ley 4/1989. Más bien, atiende al mandato de ésta de velar por el mantenimiento y conservación de los recursos naturales al detectar, en el ámbito territorial al que se refiere, un lugar que por sus valores estéticos y culturales es merecedor de una protección especial; pero lo hace sin añadir más complemento normativo que el referido a la*

mera organización administrativa necesaria para atender el desenvolvimiento de la función protectora que persigue la declaración del Paisaje Protegido, ya que, en lo restante, se limita a incorporar la norma del artículo 10.3 de aquella Ley, se remite a un posterior instrumento normativo en el que habrán de ser previstas las actuaciones que se lleven a cabo en aquel lugar y se remite, también, al régimen infractor dispuesto en dicha Ley, en las normas que puedan sustituirla y en las demás disposiciones aplicables”. Alcanzaba así la conclusión de que “en el procedimiento de elaboración del Decreto impugnado no era necesario el previo dictamen del Consejo de Estado ni, por análogas razones, del de aquella Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón”.

A idéntica conclusión ha llegado dicho órgano jurisdiccional en supuestos similares tales como en relación al Decreto 2412/1969, de 16 de octubre, sobre creación del Parque Nacional de Doñana -sentencia de 24 de septiembre de 1980, RJ 1980\3449- en la que expresaba que *“partiendo de la naturaleza jurídica atribuible a la declaración de voluntad administrativa que forma el contenido del Decreto 2412/69 no puede hablarse, en sentido propio, de una disposición general) (no innova el Ordenamiento y menos desarrolla una ley, Reglamento ejecutivo etc.), dado que se trata simplemente de una declaración concreta atribuida «ex lege» al Consejo de Ministros y que en su manera de manifestación ha de revestir la forma del Decreto, art. 24,1.º, de la Ley de Régimen Jurídico (RCL 1957\1058, 1178 y NDL 25852), pero sin que ello suponga alteración de su carácter que propiamente supone la atribución a un terreno que delimita la calificación de Parque Nacional con las consecuencias que la Ley señala y en términos análogos a las declaraciones del Gobierno en otros campos (v. gr.: delimitación de polígonos urbanísticos, áreas de actuación, declaración de utilidad pública de una obra, declaración de interés artístico o histórico, etc.); es decir, que tal declaración es expresión de una competencia que la Ley atribuye al máximo órgano administrativo en el caso de que se den los requisitos-presupuesto de una tal declaración”.*

En sentencia de 17 de julio de 1990 -RJ 1990\5873- expresaba respecto a un Decreto de la Presidencia del Gobierno de Canarias de 9 de mayo de 1986 sobre declaración de Parque Natural de los islotes del norte de Lanzarote y de los Riscos de Famara, que el dictamen del órgano consultivo *“no pudiendo exigirse otra vez en disposiciones como la de autos, que no son ya desarrollo o ejecución de una Ley general sino simple utilización de habilitaciones legales o reglamentarias existentes en el ordenamiento y sometidas, únicamente, al control genérico del principio de legalidad”.*

En similar sentido se denegó la calificación de reglamento ejecutivo y, por ende, se eliminó la necesidad de contar con el preceptivo dictamen del órgano consultivo, en relación al Real Decreto 1772/1991, de

16 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional de Doñana -sentencia de 30 de abril de 1998, RJ 1998\4059- o el Real Decreto 1091/1990, de 31 de agosto, por el que se amplía el perímetro de la zona regable Centro de Extremadura y se aprueba el Plan General de Transformación -sentencia de 19 de septiembre de 1997, RJ 1997\6429-.

Es preciso completar la anterior exposición con cita de pronunciamientos de otros órganos jurisdiccionales inferiores en los que, consecuentemente con los argumentos expuestos por el Alto Tribunal, se concluye que el instrumento por el que se declaran determinadas figuras de protección de espacios naturales no presenta naturaleza jurídica de reglamento ejecutivo, encontrándose exento de contar preceptivamente en su procedimiento de elaboración con el dictamen del órgano consultivo. Así cabe citar, además de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2014 -JUR 2014\221500-, dictada en el procedimiento seguido en impugnación del Decreto 141/2012, de 25 de octubre, por el que se desafectaron del régimen cinegético especial de Refugio de Fauna los montes de Quintos de Don Pedro y Cardeñosa, aducida en el expediente por la Consejería consultante, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de abril de 2002 -JUR 2002\235878- en la que se dirimía la impugnación del Decreto 218/1997, de 30 de julio, por el que se declara el Parque Natural de las Fragas do Eume; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de febrero de 2001 -RJCA 2001\852-, en la que se examinaba el Decreto del Gobierno andaluz 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprobó el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural de Doñana; las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de febrero de 2003 -RJCA 2004\377- y de 19 de noviembre de 2004 -RJCA 2005\99- que se pronunciaban respectivamente sobre el Decreto 70/1999, de 4 de mayo, de la Generalidad Valenciana por el que se aprueba el plan de ordenación de los Recursos Naturales del Marjal Pego-Oliva y sobre acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de septiembre de 2002 de aprobación del catálogo de zonas húmedas de la Comunidad Valenciana; o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 1 de junio de 1999 -RJCA 1999\3288- que analizó el Decreto 34/1997, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Naturales de las Marismas de Santoña, Victoria y Joyel.

De esta última conviene extraer, por su claridad, los siguientes razonamientos: *“Los llamados reglamentos ejecutivos no pueden identificarse por la mera subordinación a la ley puesto que, como es notorio, cualesquiera*

reglamentos están vinculados a la legalidad de origen parlamentario o gubernamental de rango asimilado a ella. Pero tampoco por constituir aplicación o materialización sin más de disposiciones legales, toda vez que entender tal cosa supondría asignar al concepto de ejecución reglamentaria de las leyes un contenido amplísimo y, por tal razón, huero de auténtica entidad sustancial. En último término, cualesquiera reglamentos, salvo los independientes, desarrollan o aplican leyes, pero no por tal motivo todos ellos se dictan en ejecución de las leyes, que es el requisito exigido para la preceptiva intervención dictaminante de la Comisión Permanente del Consejo de Estado. [...] [] Para identificar si a una disposición de carácter general conviene o no el apelativo de ejecutiva, hay que partir del cuadro general de las relaciones ordinarias entre la ley y el reglamento, cuadro en el que el segundo aparece subordinado a la primera pero, a la vez, colaborando con ella en la regulación de la materia de que se trate, puesto que es impracticable una normación legal agotadora y por sí misma suficiente que no precise del complemento reglamentario. En suma, todo reglamento, salvo los independientes y los dictados con base en una habilitación legal en blanco y en la medida en que unos y otros tengan cabida en nuestro sistema de fuentes, desarrolla o complementa una regulación legal previa a la que se encuentra subordinado. Pero eso no es suficiente para reputar a un reglamento de ejecutivo; es preciso que la normación que contiene se dirija directamente al desarrollo de la ley. [...] [] La Sala es consciente de que, en ocasiones, no resulta sencillo discernir si un reglamento es verdaderamente ejecutivo o no, también de que, posiblemente, la tradicional clasificación tricotómica de las disposiciones de carácter general (ejecutivas, independientes y de necesidad), no dé razón suficiente de la realidad, puesto que no es descartable la existencia de otras figuras reglamentarias ubicadas entre las ejecutivas «sensu stricto» y las independientes. Pero al margen de tales cuestiones, más propias de la elaboración doctrinal que de esta sede, nos parece inconcluso que el PORN no puede ser considerado un reglamento ejecutivo, puesto que su contenido regulador no se dirige a completar, desarrollar o pormenorizar las disposiciones de la Ley 4/1989, de 27 de marzo”.

En fundamentos posteriores añadía que “ningún PORN ejecuta reglamentariamente la Ley 4/1989, sino que es el vehículo para la plasmación en un concreto espacio físico y geográfico de las pretensiones conservacionistas de aquella, genéricamente formuladas. No hay ahí complemento regulador o desarrollo de la ley, sino pura y simple aplicación de la misma a un determinado segmento territorial, aplicación que trae causa en la remisión que efectúa su artículo 4.1. El PORN no se integra en el bloque normativo regulador de los espacios naturales (la Ley 4/1989 y sus reglamentos de ejecución), aplica sus disposiciones concernientes a la planificación ambiental a un ámbito de la realidad física, que delimita y acota. Por supuesto que con subordinación a la ley y en virtud de ella, pero no con el carácter de complemento normativo que rellena los vanos dejados por el legislador o precisa las determinaciones que éste ha dejado conscientemen-

te abiertas con encomienda a la Administración de la tarea de concretarlas. [...] Insistimos en que es una figura que, en virtud de una llamada legal, aplica la norma de conformidad con lo que ésta dispone, sin mengua de su capacidad de añadir contenidos adicionales al mínimo legalmente establecido. El Plan es aplicación del bloque normativo del que trae causa y ordenación de los recursos naturales de un determinado espacio físico, nada más. Su condición de norma de carácter reglamentario no debe llevar a engaño o distorsión interpretativa sobre sus relaciones con la Ley 4/1989, que por lo que hemos argumentado no lo son de ejecución en el sentido que la expresión tiene cuando se trata de la identificación de si un reglamento es ejecutivo o no”.

Concluía afirmando que *“si el PORN litigioso no puede ser calificado de reglamento ejecutivo, carece de base jurídica la imputación de falta del preceptivo dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, exigida cuando de la elaboración de disposiciones generales de ejecución de las leyes se trata. Fallando la premisa mayor, el silogismo queda roto y el motivo impugnatorio fracasado”.*

Ciertamente, resulta dificultoso en muchos casos encuadrar los productos normativos emanados de la Administración en una u otra categoría reglamentaria. En tales supuestos este Consejo ha venido optando por calificar como reglamentos ejecutivos -determinando, por ende, la preceptividad de su dictamen-, aquellos proyectos sometidos a su consideración que, pese a no dar respuesta a una llamada específica de desarrollo reglamentario, presentaban un contenido normativo dirigido a innovar de algún modo el ordenamiento jurídico en el que quedaban insertos y al que venían a completar. En tal sentido, y sin ánimo exhaustivo, basta citar los dictámenes 39/2002, de 20 de marzo, relativo al proyecto de Decreto por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en talleres de reparación de vehículos automóviles; el dictamen 73/2003, de 20 de junio, concerniente al proyecto de Decreto de los requisitos sanitarios de los servicios de prevención de riesgos laborales que realicen vigilancia de la salud; el dictamen 70/2004, de 16 de junio, sobre proyecto de Decreto de protección de los derechos de los consumidores y usuarios en el servicio al por menor de carburantes y combustibles de automoción en instalaciones de venta al público; el dictamen 120/2005, de 28 de julio, regulador del proyecto de Decreto por el que se aprueba el plan territorial de emergencias de Castilla-La Mancha; el dictamen 92/2007, de 16 de mayo, referente al proyecto de Decreto por el que se regula el libro del edificio en Castilla-La Mancha; o el dictamen 58/2010, de 5 de mayo, sobre proyecto de Decreto de ordenación de la actividad cartográfica pública de Castilla-La Mancha.

Tal cualidad de innovación del ordenamiento -esencial para la determinación del carácter ejecutivo de una norma reglamentaria- no es compartida por el proyecto de Decreto sobre el que versa la consulta formulada, según se expondrá en la consideración siguiente.

VI

Examen del proyecto de Decreto objeto de consulta desde la perspectiva de su naturaleza jurídica.- Plasmadas las notas caracterizadoras de los reglamentos ejecutivos, procede analizar si el proyecto de Decreto objeto de consulta puede ser incardinado en dicha categoría jurídica y, por ende, si precisa de la preceptiva intervención del órgano consultivo autonómico en su procedimiento de elaboración.

El proyecto de Decreto sobre el que versa la consulta formulada tiene un triple objeto orientado a la declaración de cuarenta Zonas Especiales de Conservación de la Red Natura 2000, a la propuesta a la Comisión Europea de la modificación de los límites geográficos de catorce de estos espacios y a la modificación de los límites geográficos de ocho Zonas de Especial Protección para las Aves ya declaradas anteriormente mediante los Decretos 82/2005, de 12 de julio y 314/2007, de 27 de diciembre.

El breve articulado que lo integra se limita a plasmar tales pretensiones sin introducir novedades regulatorias, cumplimentando el requisito de su aprobación por el órgano ejecutivo autonómico según lo establecido en el artículo 55.1 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza.

En cuanto se refiere a las Zonas Especiales de Conservación se procede a la declaración de las mismas relacionándolas en el correspondiente anexo, recogiendo el articulado que tendrán la consideración de espacio protegido de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y de zona sensible conforme a lo expresado en el artículo 54 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, antes citada. Se detalla, además, su delimitación geográfica, coincidente con la de los Lugares de Importancia Comunitaria aprobados por Decisión de la Comisión 2013/739/UE, de 7 de noviembre de 2013, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 1992/43/CEE del Consejo, la séptima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea, quedando fijados dichos límites en el documento específico integrante

de los diferentes planes de gestión de tales espacios, en los que se especifican igualmente los tipos de hábitat o especies de interés comunitario correspondientes a cada una de ellas.

En lo concerniente a la propuesta de modificación de límites de varias Zonas Especiales de Conservación, se limita el proyecto de Decreto a recoger la misma y a ordenar su remisión al Ministerio para su traslado a la Comisión Europea para su aprobación, considerándose formalmente incluidas en la Red Natura 2000 una vez que hayan sido aprobadas en sede comunitaria aplicándose entonces las medidas de conservación de los correspondientes planes de gestión, contando hasta entonces con el régimen de protección preventiva reflejado en el artículo 56 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo.

La modificación de los límites de las Zonas de Especial Protección para las Aves se refleja en el anexo correspondiente.

Faculta, además, el proyecto a la titular de la Consejería para llevar a cabo los trámites necesarios para remitir el Decreto al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente a efectos de su comunicación a la Comisión Europea de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 42/2007, habilitándola además para dictar las normas necesarias para su desarrollo.

Fija el proyecto, finalmente, su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

Es obvio que el proyecto de Decreto cuyo contenido se ha descrito aparece vinculado al ámbito normativo citado en consideración previa -Directiva 1992/43/CEE, Ley 42/2007, de 13 de diciembre y Ley 9/1999, de 26 de mayo-, en cuanto viene a culminar la instauración de medidas de protección recogidas en tales disposiciones en orden a la declaración de Zonas Especiales de Conservación y de Zonas de Especial Protección para las Aves.

Ahora bien, su contenido no es innovativo de aquél, pues no se integra en el bloque normativo regulador de los espacios naturales ni viene a completar, desarrollar o pormenorizar las normas legales a las que se vincula, sino sólo a determinar la aplicación de las prescripciones en ellas previstas para espacios concretos que presentan una riqueza natural digna de ser preservada. Supone, de este modo, una mera plasmación de las medidas conservacionistas previstas en tales leyes a unos espacios determinados que por sus valores naturales lo requieren, constituyendo una aplicación de la ley en un ámbito de la realidad física que acota y

no un complemento a la misma que venga a introducir regulación en los espacios a los que la propia ley no ha alcanzado.

El Decreto propuesto no colabora con la ley en la regulación de la materia ni pretende, así, ser desarrollo de una ley o complemento normativo de la misma, sino que es plasmación del ejercicio de una competencia que la propia ley ha residenciado en el superior órgano ejecutivo autonómico y para la que ha reservado la forma de Decreto.

No puede calificarse, por ende, el Decreto que se proyecta como reglamento ejecutivo en el sentido otorgado por la jurisprudencia a dicha categoría jurídica, tratándose más bien de un acto aplicativo de la ley -en similar sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008\2768), dictada en relación a un acuerdo del Consejo de Gobierno de Murcia que designaba varias áreas como Zonas de Especial Protección para las Aves-. De este modo, no resultará exigible preceptivamente en el procedimiento sustanciado para su aprobación, la intervención del Consejo Consultivo, trámite reservado únicamente para los reglamentos integrados en la mencionada categoría jurídica.

Esta conclusión se compeadece con el hecho de que, aun considerando el gran número de Decretos aprobados por las Comunidades Autónomas con objeto de declarar distintas figuras de protección de espacios naturales, sean absolutamente excepcionales las ocasiones en que se han sometido al dictamen de los órganos consultivos autonómicos (y ninguna en Castilla-La Mancha).

Revisada la doctrina de los diferentes órganos, tan sólo se han encontrado los cinco pronunciamientos que a continuación se detallan: dictamen 73/2003, de 13 de febrero, sobre proyecto de Decreto por el que se aprueban las normas de protección de la Zona de Especial Protección para las Aves “*Islotes de Benidorm*” y 405/2014 de 17 de julio, sobre proyecto de Decreto por el que se declaran como Zonas Especiales de Conservación diez Lugares de Importancia Comunitaria coincidentes con espacios naturales protegidos y se aprueban las normas de gestión para dichos lugares y para diez Zonas de Especial Protección para las Aves, emitidos ambos por el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, en los que se calificaba el pronunciamiento de preceptivo ligándolo al bloque normativo existente en materia de protección de espacios naturales, si bien sin introducir razonamiento alguno al respecto; dictamen 363/2008, de 9 de julio, emitido por el Consejo Consultivo de Andalucía en relación al proyecto de Decreto por el que

se declaran las Zonas de Especial Protección para las Aves “*Campiñas de Sevilla*” y “*Alto Guadiato*”, en el que no se plasma pronunciamiento sobre el carácter con que se emite el dictamen; dictamen 752/2009, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de Canarias sobre proyecto de Decreto por el que se declaran Zonas Especiales de Conservación integrantes de la red Natura 2000 en Canarias y se establecen medidas para el mantenimiento en un estado de conservación favorable de estos espacios naturales, en el que se refiere que el dictamen había sido solicitado con carácter preceptivo, si bien no se recoge pronunciamiento del órgano consultivo en relación a dicho aspecto; y dictamen 149/2015, de 18 de marzo del Consejo Consultivo de Extremadura en relación al proyecto de Decreto por el que se declaran Zonas de Especial Protección para las Aves “*Colonias del cernícalo primilla de Jerez de los Caballeros*” y “*Colonias del cernícalo primilla el Cachón de Plasencia*”, en el que se califica el dictamen como preceptivo sin más razonamiento.

Los tres precedentes citados en los que se califica el dictamen como preceptivo, además de constituir casos aislados y esporádicos -no ha existido una continuidad en el examen por tales órganos consultivos de casos similares- carecen, como se ha dicho, de fundamentación al respecto, por lo que no presentan entidad suficiente para cuestionar la conclusión expresada por este Consejo en orden a que no es exigible su intervención preceptiva en el procedimiento de tramitación del proyecto de Decreto consultado.

Ante esta conclusión y dado que la autoridad consultante ha condicionado el examen del contenido del proyecto de Decreto a la consideración de la eventual preceptividad del mismo, no procede efectuar pronunciamiento alguno en relación a tal aspecto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que no resulta preceptiva la emisión del dictamen del Consejo Consultivo en el procedimiento tramitado para la aprobación del Decreto por el que se declaran como Zonas Especiales de Conservación de la Red Natura 2000 en Castilla-La Mancha cuarenta Lugares de Importancia Comunitaria, se propone a la Comisión Europea la modificación de los límites de catorce de estos espacios y se modifican los límites de ocho Zonas de Especial Protección para las Aves.

Toledo, 30 de abril de 2015

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA¹

IMPUESTOS ESTATALES

IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

Bonificación autonómica del 99 por 100 de la cuota tributaria en adquisiciones lucrativas mortis causa a favor de parientes residentes en el territorio autonómico. Principio de igualdad ante la ley tributaria.

SATURNINA MORENO GONZÁLEZ

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 60/2015, de 18 de marzo (Pleno)

Últimamente se han producido dos pronunciamientos judiciales en materia del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) con importantes efectos prácticos no sólo en la regulación del impuesto (a nivel estatal y autonómico), sino también en su aplicación, al abrir cauces para la recuperación de las cuotas del ISD indebidamente ingresadas.

El primero de ellos es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014, C-127/12, en la que se declara que el sistema del ISD español es contrario al principio de libre circulación de capitales por introducir diferencias carentes de justificación en el tratamiento fiscal entre contribuyentes comunitarios no residentes en España respecto de los que sí lo son. Este pronunciamiento ha motivado la modificación de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del ISD, a través de la disposición final 3^a de la Ley 26/2014, que ha introducido una nueva disposición adicional 2^a en la Ley del ISD, con efectos desde el 1 de enero de 2015, que establece nuevos puntos de conexión. Los contribuyentes afectados por los supuestos de discriminación advertidos en esta Sentencia del TJUE podrán, en el caso de liquidaciones que no se encuentren prescritas, impugnar la propia liquidación y solicitar la devolución de ingresos indebidos sobre la base de lo dispuesto en dicha Sentencia. En cambio, si la liquidación ha alcanzado firmeza, media cosa juzgada o prescripción, los contribuyentes todavía

podrían ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial (art. 139.3 de la Ley 30/1992) en el plazo máximo de un año desde la publicación de la Sentencia del TJUE en el Diario Oficial de la Unión Europea (10 de noviembre de 2014), para intentar obtener el resarcimiento del daño causado por la aplicación de una norma estatal dejada sin efecto por contradecir el Derecho de la UE.

El segundo pronunciamiento, a cuyo breve comentario dedicamos estas líneas, es la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 60/2015, de 18 de marzo, que responde a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo respecto del art. 12.bis de la Ley de la Comunidad Valenciana 13/1997, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos (en la redacción dada por el art. 16 de la Ley 10/2006, de 26 de diciembre). Este artículo concedía una bonificación del 99 por 100 de la cuota tributaria del ISD para las adquisiciones *mortis causa* por parientes del causante pertenecientes a los grupos I (descendientes y adoptados menores de 21 años) y II (descendientes y adoptados mayores de 21 años, cónyuges, ascendientes y adoptantes) del art. 20.2 a) de la Ley 29/1987, siempre que tales parientes tuvieran su residencia habitual en la Comunidad Valenciana a la fecha del devengo del impuesto, lo que, *a sensu contrario*, suponía la no aplicación de la bonificación a los parientes no residentes en aquella Comunidad Autónoma a fecha de devengo del impuesto.

La cuestión sometida a la consideración del TC consiste en determinar si ese distinto tratamiento fiscal es o no contrario al derecho a la igualdad ante la ley tributaria (arts. 14, 31.1 y 139.1 CE).

Pues bien, la STC 60/2015, de 18 de marzo, ahonda en las exigencias derivadas de este principio constitucional en su dimensión territorial. Así, el Pleno del TC inicia su argumentación recordando que para comprobar si una determinada medida es respetuosa con el principio de igualdad ante la ley tributaria es preciso, en primer lugar, concretar que las situaciones que se pretenden comparar sean iguales; en segundo lugar, que existe una finalidad objetiva y razonable que legitime el trato desigual de aquéllas; y, en tercer lugar, que las consecuencias jurídicas a que conduce la disparidad de trato sean razonables y proporcionadas (FJ 4º).

Seguidamente, el TC advierte que no existe ningún impedimento desde el punto de vista constitucional para la utilización de la residencia como un elemento diferenciador entre contribuyentes, siempre que la

diferencia de trato responda a un fin constitucionalmente legítimo y, por tanto, no se convierta la residencia, por sí sola, en la razón del trato diferente. Dicho esto, el TC constata que la situación de un heredero (descendiente) que reside en la Comunidad Valenciana respecto de la de otro heredero (también descendiente) que no reside en ese territorio, con relación a una misma herencia y causante (con residencia fiscal en el momento del fallecimiento en la Comunidad Valenciana) en orden al pago del Impuesto sobre Sucesiones es objetivamente comparable, por lo que debe verificarse si existe alguna finalidad justificativa de la diferencia introducida.

La normativa autonómica justifica la bonificación, de un lado, en la necesidad de salvaguardar la neutralidad tributaria en los casos de relevo generacional en la titularidad del patrimonio familiar no empresarial dentro del ámbito de la familia y, de otro, en la de evitar que los descendientes menores de 21 años, normalmente sin recursos económicos propios, se vean en la necesidad de tener que aplicar el metálico recibido para subsistir al pago del impuesto o de liquidar parte del patrimonio susceptible de crear riqueza en el futuro. Sin embargo, como con todo acierto afirma el Pleno del TC, *«[s]i la razón de la medida es la realización de una política social de apoyo a la familia directa del causante, en principio, el mismo apoyo merece recibir cualquier miembro integrante de esa “familia directa” a la que se dirige la norma legal, tanto más si lo que se presente es salvar la neutralidad del impuesto en las herencias directas de padres a hijos, entre cónyuges, o de hijos a padre, evitando la tributación del patrimonio familiar. A falta de fundamento justificativo en las normas autonómicas, no se alcanza a comprender razón alguna de política social, en general, o de protección de la familia directa, en particular, que pueda legitimar la aplicación dispar de la bonificación entre hermanos, herederos de un mismo padre y, por tanto, causahabientes de una misma herencia»* (FJ 5º).

En el presente caso, no estamos ante un supuesto en el que la diferencia de trato venga dada por una pluralidad de normas fruto de la propia diversidad territorial de la nación española, sino ante un supuesto en el que la diferencia se consagra en una única norma, acudiendo para ello a la condición de residente o no en el territorio de la Comunidad Autónoma. Aunque las desigualdades de naturaleza tributaria producidas por la existencia de diferentes poderes tributarios (estatal, autonómico y local) se justifica, en principio, de forma objetiva y razonable, siempre que sus consecuencias sean proporcionadas, en la propia diversidad territorial, al convertirse el territorio en un elemento diferenciador de situaciones idénticas, en este supuesto *«el territorio ha dejado de ser un elemento de diferenciación de situaciones objetivamente comparables, para*

convertirse en un elemento de discriminación, pues con la diferencia se ha pretendido exclusivamente “favorecer a sus residentes”, tratándose así a una misma categoría de contribuyentes de forma diferente por el sólo hecho de su distinta residencia». En suma, el TC concluye que «al carecer de cualquier justificación legitimadora el recurso a la residencia como elemento de diferenciación, no sólo vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE), sino que (...) se ha utilizado un criterio de reparto de las cargas públicas carente de una justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo» (FJ 5º).

Respecto a los efectos en el plano normativo de la Sentencia del TC, el legislador valenciano se adelantó al pronunciamiento y, mediante la Ley 7/2014, de 22 de diciembre, con efectos desde el 1 de enero de 2015, suprimió el requisito de la residencia habitual en la Comunidad Autónoma a fecha de devengo para la aplicación de la reducción autonómica por parentesco en las adquisiciones *inter vivos* y para la aplicación de las bonificaciones autonómicas por parentesco en las adquisiciones mortis causa e *inter vivos* sujetas al impuesto. No obstante, otras normativas autonómicas siguen incurriendo en posibles supuestos de discriminación, por ejemplo, al establecer reducciones en las transmisiones *inter vivos* siempre que donante y donatario tengan su residencia habitual en la Comunidad Autónoma [art. 132.2.1c) del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón], o reducciones en la transmisión mortis causa de la empresa familiar condicionadas a que la misma y el heredero tengan su domicilio fiscal en el territorio autonómico en la fecha de fallecimiento del causante (art. 6 de la Ley 7/2014, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Rioja para el año 2015).

Por lo que se refiere a los efectos en el plano aplicativo de la Sentencia del TC objeto de comentario, en el caso de liquidaciones que no se encuentren prescritas, podrá impugnarse la propia liquidación y solicitar la devolución de ingresos indebidos sobre la base de lo dispuesto en dicha Sentencia. En cambio, a diferencia de los casos afectados por la Sentencia del TJUE antes mencionada, en los supuestos en los que la liquidación haya alcanzado firmeza, medie cosa juzgada o prescripción, los contribuyentes no podrán ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, puesto que el TC ciñe los efectos temporales de su pronunciamiento *pro futuro*, es decir, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos o judiciales donde aún no haya recaído resolución firme (FJ 6º).

Adquisiciones mortis causa. Reducciones de la base imponible. Transmisión de empresa familiar.

SATURNINA MORENO GONZÁLEZ

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 (recurso de casación para unificación de doctrina nº 171/2014)

La relevancia de la Sentencia objeto de comentario reside en aclarar, por medio de un recurso de casación para unificación de doctrina, una cuestión que hasta la fecha ha suscitado opiniones encontradas a nivel administrativo y judicial y que afecta a la interpretación del art. 20.2 c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del ISD. Este precepto establece lo siguiente:

«En los casos en los que en la base imponible de una adquisición mortis causa que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio del cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la base imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con los apartados anteriores, otra del 95 por 100 del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo».

La cuestión controvertida se refiere a si la bonificación del 95 por 100 aplicable sobre la base imponible se debe calcular sobre el valor total de las participaciones de la sociedad, o, por el contrario, sobre un determinado porcentaje del valor de las mismas, en función de los elementos patrimoniales de la entidad que se consideren afectos a la actividad desarrollada por ésta.

El TS, tras repasar la normativa pertinente [art. 20.2 c) de la Ley del ISD y art. 4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio en redacción dada por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre], entiende que la doctrina correcta en relación con esta cuestión es entender que *«para que tenga lugar la bonificación en el Impuesto de Sucesiones, es necesario que en la base imponible del mismo se incluyan “participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio del Impuesto sobre el Patrimonio”, añadiéndole el requisito de que permanezcan en poder del heredero un plazo mínimo de diez años»*. En la medida en que la exención en el IP se reconoce a los bienes y derechos necesarios para el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, con aplicación del principio de proporcionalidad, es claro que debe aplicarse en el ISD la misma regla y criterio. Añade el TS que, *«más que fijarse en la finalidad de los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones, lo que ha de hacerse es tener en cuenta el objetivo perseguido por el legislador para atribuir el beneficio fiscal de la exención o bonificación y éste no es otro que el de favorecer a los bienes y derechos que estén afectos a una actividad económica y la continuidad de dicha situación»* (FJ 4º). La finalidad de la reducción no es otra que beneficiar la continuidad de la empresa en funcionamiento, pero no busca privilegiar a quienes son empresarios para que bajo el paraguas de la empresa eviten pagar el ISD que correspondería por la adquisición de bienes que nada tienen que ver con la actividad empresarial.

Es, asimismo, digno de mención que el TS destaque que la conclusión alcanzada es la más conforme con el Derecho de la UE y aluda a la Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, de 7 de diciembre (norma no vinculante o de *soft law*), para reforzar su interpretación, puesto que en ésta se sugiere a los Estados miembros la conveniencia de garantizar la supervivencia de la empresa mediante un trato fiscal adecuado de la sucesión y la donación y se les insta a reducir, siempre que se prosiga de manera creíble la actividad de la empresa durante un período mínimo, la carga fiscal que grava los activos estrictamente profesionales, en caso de transmisión mediante donación o sucesión, incluidos los derechos de sucesión, donación y registro.

TRIBUTOS LOCALES

IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES

Base Imponible de los Bienes Inmuebles de Características Especiales (BICES)

LUIS MARÍA ROMERO FLOR

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2015

La cuestión objeto de controversia es, si en el supuesto de un único Bien Inmueble de Características Especiales (BICES) con un único valor catastral, la distribución del inmueble entre los tres municipios sobre los que se extiende debe hacerse partiendo de dicho valor único distribuyendo este proporcionalmente en razón de la superficie que se ocupa en cada municipio o, como ha hecho la Administración, asignando el valor catastral que surja para cada una de las partes del bien inmueble en función de las valoraciones realizadas de los distintos bienes que las componen.

Los BICES constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificio, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como único inmueble.

La delimitación conceptual de los BICES se caracteriza, físicamente por la complejidad de los elementos que los componen, estructuralmente por la unidad o cohesión de dichos elementos que permiten su identificación sectorial, y funcionalmente por su aptitud para el cumplimiento de la actividad a la que se destina, a lo que cabe añadir que no es extraño que los mismos puedan extenderse por el territorio de más de un municipio.

Los BICES poseen carácter unitario, pero a su vez se caracterizan por su complejidad, en cuanto a los elementos que lo conforman, de forma que a cada uno de los elementos individualmente considerados, suelo y construcciones, edificaciones, instalaciones convencionales y singulares, se le va a asignar un valor catastral conforme a los módulos y criterios recogidos en las ponencias de valores. Se le asigna a cada BICE un valor catastral único, conformado por la suma de los valores catastrales asignados a cada uno de los elementos que lo componen.

En el caso que nos ocupa, no existe complejidad jurídica, al ser la entidad recurrente la única titular del bien inmueble de BICE si bien, podrían concurrir distintas titularidades y derechos, en cuyo caso sería necesario distinguir los diversos sujetos pasivos a los que se le giraría el IBI correspondiente a dicha titularidad y derecho sobre los concretos elementos o unidades.

Sin embargo, sí que nos encontramos con cierta complejidad material, porque estamos ante un inmueble que se extiende superficialmente por tres municipios distintos. Por la lógica del sistema establecido, la base imponible a gravar por cada municipio ha de ser la que resulte del valor catastral asignado a las unidades singularizadas conformadas por el suelo y construcciones convencionales y/o singulares asentadas en cada uno de los términos municipales, tal y como se ha realizado, aplicando a la base resultante los tipos que puede establecer cada municipio dentro de los límites legales.

TASAS Y PRECIOS PUBLICOS

Impugnación de Ordenanza Municipal. Distinción entre el contenido de la Ordenanza y el del Bando Municipal

MARIA ESTHER SÁNCHEZ LÓPEZ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 27 de abril de 2015

La pretensión fundamental del presente pronunciamiento aparece constituida por el recurso contra la Ordenanza municipal de ordenación y regulación del estacionamiento, aprobado por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Manzanares (Ciudad Real) y, en particular, y a pesar de que se solicita la declaración de nulidad de la totalidad de la ordenanza, de su artículo seis.

Disposición, en efecto, en que se regula el procedimiento para “estacionar dentro de la zona de estacionamiento regulado” (esto es, la conocida “zona azul”) especificándose que el mismo tendrá, con carácter general, una duración máxima de dos horas. Así, y según se dispone en la misma, “transcurrido dicho período, el vehículo no podrá estacionarse en la misma zona hasta que hayan transcurrido dos horas de la hora límite de finalización del estacionamiento anterior que figure en el tique correspondiente”, añadiendo que “mediante Bando de la Alcaldía

se delimitarán (...) las zonas comprendidas dentro del área de actuación del estacionamiento regulado”.

Previsión que es la que fundamenta la pretensión de la parte actora en el sentido de entender que existe una indebida remisión en favor del Bando de Alcaldía de una materia que debe ser objeto de regulación en virtud de Ordenanza Municipal y que se apoya en dos motivos, fundamentalmente. En primer lugar, en la presunta infracción del art. 49 de la Ley de Bases de Régimen Local “al implicar la sustracción al procedimiento destinado a la aprobación de ordenanzas locales de un aspecto trascendente, sin que se justifique el motivo por el que se efectúa esta remisión a favor del Alcalde” y, en segundo término, en la “posible vulneración del principio de legalidad, garantizado en el artículo 25.1 de la Constitución, en la medida en que la delimitación de las zonas tiene trascendencia a la hora de poder incurrir en la infracción tipificada” en la ordenanza, además de poder sufrir la medida cautelar de retirada del vehículo y su traslado al depósito municipal (F.J. 2º).

A partir de lo anterior, y partiéndose del hecho de la inexistencia de norma legal que delimite el contenido de las Ordenanzas y los Bandos, tal como ha afirmado el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de octubre de 2002, se pone de relieve por parte del Tribunal que este “vacío legal” ha sido cubierto hasta cierto punto por la jurisprudencia situándose el límite entre las mismas en el carácter más garantista de las primeras. Razón por la que “los Bandos tienen por objeto determinar cuestiones de tono menor y carácter instrumental” (F.J. 3º). Premisa, a partir de la cual, se concluye que “...alcanzamos la convicción de que la regulación relativa a la delimitación de las zonas de aparcamiento al objeto de imponer el traslado efectivo del vehículo, una vez transcurrido el plazo máximo de dos horas no puede merecer la consideración de una cuestión de tipo menor, en la medida en que se configura en uno de los elementos destinados a conformar las restricciones destinadas a los usuarios de los aparcamientos situados en la zona cuyo uso es objeto de regulación”.

Afirmación, en efecto, con la que nos mostramos de acuerdo pero que no deja de ser una muestra de uno de los numerosos aspectos que en el ámbito local deberían recibir la atención del legislador dada la inseguridad jurídica que genera la situación actual en relación con este tema, tal como se desprende de los términos del presente pronunciamiento.

NOTAS

1 Los Comentarios de Jurisprudencia Tributaria, dirigidos por Miguel Ángel Collado Yurrita y coordinados por M^a Esther Sánchez López, son elaborados por 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, 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.

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

Alicia Agüero Ortiz (A.A.O.) y

Iuliana Raluca Stroe (I.R.S)

**CONCURSO. DETERMINACION DE LA MASA PASIVA:
RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS CONTRA LA
MASA: PROCEDENCIA: CRÉDITO DE LA TGSS:
CONOCIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES
DE LA EXISTENCIA DE LOS TRABAJADORES DE LA
CONCURSADA, TENIENDO QUE SABER QUE ERA UN
CRÉDITO CONTRA LA MASA EL CORRESPONDIENTE
AL PAGO MENSUAL DE SUS CUOTAS DE SEGURIDAD
SOCIAL. LOS ADMINISTRADORES DEBIERON HACER
FRENTE A LOS PAGOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN
EL MOMENTO DE SUS RESPECTIVOS VENCIMIENTOS.
AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE. SENTENCIA
DE 3 FEBRERO DE 2014.**

La Tesorería General de la Seguridad Social presentó demanda de oposición al informe de rendición de cuentas y resultados y saldos finales presentado por la Administración Concursal del Concurso de Acreedores nº 368/2005, de “Mezlan, S.L.” (declarada en concurso de acreedores por auto de 10 de mayo de 2005). En dicha demanda, interesaba un pronunciamiento por el que se reconociera que ostentaba un crédito contra la masa pendiente de abono de 69.487,85 € (correspondiente a impago de las cuotas de la Seguridad Social de mayo y junio de 2005), y otro por el que se condenase a los Administradores a reintegrar una cantidad equivalente de la percibida como honorarios, con el fin de que se sufragase aquél crédito contra la masa, y a presentar una modificación de la rendición de cuentas.

La Administración Concursal contestó a la demanda alegando que la Tesorería no le hizo una comunicación válida de su crédito hasta el 15 de abril de 2011, siendo así que el último pago a la Administración Concursal se produjo el día 14 de mayo de 2010. También alegó que

la actora, a pesar de estar personada en las actuaciones, tampoco hizo objeciones a los informes trimestrales en los que se reflejaban los pagos que se iban haciendo, a la propia la Administración Concursal y a otros acreedores contra la masa.

El JMer desestimó la demanda al considerar que la demandante no comunicó su crédito con la celeridad exigible, que su pretensión ya no era realizable por haber finalizado la liquidación no quedando más bienes o derechos de la concursada para satisfacer el crédito alegado, y que lo contrario comportaría el cobro de su crédito con preferencia al de los administradores, obviando los restantes créditos contra la masa. Dicha resolución fue recurrida por la TGSS, recurso que fue estimado parcialmente por la AP al reconocer que el criterio de abono de las deudas contra la masa es el de sus respectivos vencimientos, pero negó que dicho crédito hubiera de ser satisfecho con cargo a las retribuciones percibidas por los administradores:

“Los administradores sin duda conocieron de la existencia de los trabajadores de la concursada, y tenían que saber que era un crédito contra la masa el correspondiente al pago mensual de sus cuotas de Seguridad Social. Ello es así no sólo porque tenían obligación de actuar como “ordenados administradores y representantes leales”, sino también por el hecho de que en su informe final de uno de abril de 2011 (luego retirado) reconocieron la existencia de la deuda de la demandante a pesar de que aún no habían recibido la comunicación “válida” de 15 de abril de 2011. Así que los administradores debieron hacer frente a los pagos de la Seguridad Social en el momento de sus respectivos vencimientos, en mayo y junio de 2005, siendo claro por ello que la pretensión principal de la demanda debió estimarse. Por otra parte, hay que insistir en que el criterio que debe servir para establecer la prioridad en el pago de las deudas frente a la masa es el del vencimiento, pues así está establecido en el actual art. 84,3 de la LC (y en el antiguo art. 154,2 de la misma ley). (...)

La pretensión de la actora de que su crédito sea satisfecho con cargo a las retribuciones percibidas por los administradores no puede ser atendida de plano, pues, además de la remuneración de éstos, se han hecho otros pagos de créditos contra la masa que pudieran no ser de vencimiento anterior a los de la Tesorería”.

Así pues, la AP reconoce la existencia del crédito contra la masa alegado por la TGSS pendiente de pago, y condena a la Administración Concursal a modificar su rendición final de cuentas, abonando la indicada cantidad con respeto del criterio del vencimiento, devolviendo en lo que fuera necesario la parte de sus honorarios cobrada con infracción de dicho criterio.

CONTRATOS BANCARIOS. SUSCRIPCIÓN DE VALORES SANTANDER. IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD POR AUSENCIA DE ERROR EN EL CONSENTIMIENTO: ACREDITACIÓN DE QUE EL ACTOR HABÍA CONTRATADO CON EL BANCO DISTINTOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN DE CARÁCTER ESPECULATIVO. DISPOSICIÓN DE TODA LA INFORMACIÓN SUFICIENTE PARA LA CONTRATACIÓN DEL PRODUCTO. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE. SENTENCIA DE 18 FEBRERO DE 2014.

El litigio trae causa la suscripción de Valores Santander por importe de 100.000 € efectuada por el actor en octubre de 2007, cuya nulidad ahora pretende. El JPI estimó la demanda de nulidad del contrato de suscripción de Valores Santander por entender que *“la defectuosa y limitada información ofrecida por la entidad bancaria sobre el producto provocó un error excusable en el consentimiento del demandante que contrató el producto creyendo que estaba garantizado la devolución de la inversión inicial”*. Frente a esta sentencia se alzó en apelación Banco Santander por comprender que el consentimiento del inversor no fue viciado por error pues dispuso de toda la información relativa a las características y riesgos del producto, así como por tener experiencia inversora suficiente como para comprender aquellos riesgos. Sin embargo, la AP admitirá el recurso de apelación desestimando la demanda del inversor por considerar que disponía de información y experiencia suficiente como para prestar un consentimiento válido, libre de error.

En concreto, la AP analiza los datos arrojados por su declaración del IRPF del año 2008, en la que consta haber recibido 9.000 € en concepto de pensión y, respecto a los rendimientos del capital mobiliario, consta haber recibido 16.000 € procedentes de productos denominados Santander, Caixa, Telefonica, Santander finance capital, Banco Santander, Repsol YPF, Laboratorios Almirall, Cintra y Fluidra; así como que vendió cuatro Fondos de Inversión Santander Asset Management SGIIC

S.A., ganando 2.054 € con los dos primeros y perdiendo 2.684 con los dos últimos.

Por lo tanto, manifiesta la AP que “[d]e estos datos se observa que pese a no tener una titulación que acredite su formación en materia económica y financiera, el actor estaba acostumbrado a comprar y vender acciones y otros productos financieros, hasta el extremo de calificarse el mismo como rentista de ellos y constituir su principal fuente de ingresos; aunque él se defina con un perfil conservador, lo que no es contradictorio”.

En relación con la suficiencia de la información recibida, afirma la AP que “[p]ese a las manifestaciones del actor sobre la errónea información, lo cierto es que no existe prueba alguna de ello y que de la documentación suscrita por él se desprende lo contrario sin que en ningún caso conste que el producto adquirido garantizaba el capital suscrito. Y no debemos olvidar que el actor es cliente acostumbrado a la compra venta de acciones.

En el manifiesto de interés consta que el objeto de la inversión serán valores subordinados convertibles en acciones de Banco Santander. Y en el contrato, orden de compra, consta que recibe la información necesaria (también escrita, pues reconoce haber recibido y leído el tríptico; conocer las características de la operación y entender los riesgos). (...) Además posteriormente el propio actor reconoce haber tenido información de la evolución del producto; aunque sostenga que se le ofrecía garantías de la inversión, que no prueba”.

En fin, la AP estimó el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander y revocó la sentencia del JPI, “por cuanto que el actor dispuso de toda la información suficiente para la contratación del producto, no pudiendo ampararse en el error en su consentimiento”.

A.A.O.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. ESTIMACIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE INMISIONES ILICITAS (RUIDOS), DERIVADO DE LOS LADRIDOS DE LOS 10 PERROS QUE POSEE EL DEMANDADO. RECONOCIMIENTO DE DAÑOS MORALES: LOS LADRIDOS DE LOS

PERROS A PUERTA DE CALLE, Y SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD, COMPORTA DE MODO NOTORIO UNA MOLESTIA PERJUDICIAL PARA LA SALUD Y EL BIENESTAR DE LA PERSONA: 2.000 EUROS. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE. SENTENCIA DE 3 ABRIL DE 2014.

Conoce la AP de un recurso de apelación interpuesto por un habitante de Chinchilla de Montearagón, demandado por su vecino por el nivel de ruido soportado por los ladridos de sus diez perros, condenado por el JPI al abono de 2.000 € por los daños morales ocasionados con tales ruidos. En el recurso de apelación, el demandado asegura que las pruebas aportadas por su vecino no son fiables pues incitaba a los animales a ladrar, así como que las viviendas estaban situadas en un medio rural, que el resto de vecinos no tiene quejas, y que existen espurios motivos en la demanda. Sin embargo, la Policía Local realizó una medición del ruido resultando superior al permitido por la Ordenanza municipal, por lo que la AP desestima el recurso de apelación confirmando la condena al abono de 2000 € al demandante en concepto de daños morales. En concreto, los fundamentos jurídicos relevantes de la sentencia son los siguientes:

“[E]xisten pruebas suficientes que acreditan la existencia de la perturbación: la diligencia de medición de ruido de la Policía Local de 23/2/1006 y el informe de 18 de Abril que establece el nivel de ruido padecido sobre las 13:00 horas (39 dBA en el interior de la vivienda y 76’5 dBA en el exterior) que supera el nivel máximo permitido por la Ordenanza municipal de Medio Ambiente en ambos medios; y, sobre todo, la pericial aportada con la demanda y el clarificador informe de ratificación en la vista (doc.15) al que se refiere en sus razonables explicaciones no solo de cómo los niveles superan los objetivos de ruido establecidos en el RD 1367/2007 sino también porque en un ambiente tan silencioso como el que reina en la noche (23:00 a 7:00 horas) en la zona donde se encuentran las viviendas de autos el ruido resulta aún mucho más molesto. Y es cierto que no existe prueba bastante sobre los espurios motivos alegados por la demandada. (...)

No puede dudarse que las molestias generadas por las emisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituyen un daño moral o extrapatrimonial indemnizable, según doctrina jurisprudencial (Sentencias del T.S. de 12 de julio de 1999 y de 31 de mayo de 2000) (...). La existencia del perjuicio se presume legalmente siempre que se acredite la intromisión ilegítima, conforme al artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/82 de protección de los derechos fundamenta-

les. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. No es preciso acreditar el daño moral, según doctrina jurisprudencial (sentencias T.S. de 21 de octubre de 1996 y de 31 de marzo de 2000), pues de la naturaleza de los propios hechos de lo que hace derivar la responsabilidad exigida, se deduce su existencia. (...)

No va contra la lógica ni contra el sentido común que los continuos ladridos, también en horario nocturno, se traduzcan en dificultad para conciliar el sueño, o en ansiedad por no conseguir el adecuado descanso o la tranquilidad en las horas más altas del día. Y eso un día tras otro, desde que se interpuso la primera denuncia. La objetividad de los ladridos, a puerta de calle por así decirlo, y sin solución de continuidad, comporta de modo notorio una molestia perjudicial para la salud y el bienestar de la persona, que como tal es indemnizable conforme a Derecho.

También la cuantía resulta ponderada a las circunstancias. El entorno rural limita necesariamente el daño. Pero éste se viene soportando desde 2006 en que constan las primeras denuncias ante el Ayuntamiento de Chinchilla de Montearagón”.

A.A.O.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPROCEDENCIA: SOLAR: LEVANTAMIENTO DE HOTEL Y VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL SOBRE UNA ÚNICA FINCA: LO QUE LA DEMANDANTE LLAMA SOLAR Y PRETENDE DE PROPIEDAD EXCLUSIVA ES EL SUELO DE ESA PARTE DEL HOTEL: CONSIDERACIÓN COMO ELEMENTO COMÚN POR NATURALEZA DEL SUELO Y VUELO DE LOS ANEJOS DEL HOTEL: NO CABE LA ADQUISICIÓN POR USUCAPIÓN DE UN ELEMENTO COMÚN POR NATURALEZA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE. SENTENCIA DE 3 ABRIL DE 2014.

En 1966 se fundó la mercantil HOTEDSA para la construcción de un Hotel, y con fecha 11 Marzo 1967 se otorgó otra Escritura de agrupación, manifestación de obra nueva en construcción y división horizontal en la que se reseña que sobre el solar agrupado deslindado se estaba construyendo un edificio destinado a Hotel y viviendas y en el Exponendo 4º se especificaba que la finca estaría formada por dos bloques: uno destinado a Hotel y otro constituido por los apartamentos o viviendas ubicados, solicitando se inscribiesen como fincas separadas: Bloque destinado a Hotel y Bloque destinado a apartamentos o viviendas. Así pues, consta que las edificaciones se realizaron sobre un solar único de 2.318,17 m² que HOTEDSA divide horizontalmente en dos bloques, sin que se estableciese un derecho de reserva sobre el suelo ni sobre el vuelo en el título constitutivo para poder construir nuevas plantas en el suelo común. Asimismo, se establece una cuota de participación sobre el total del solar del 75 % para el Hotel y del 25 % para los propietarios de las viviendas.

Así las cosas, HOTELES y EDIFICIOS S.A interpuso demanda en la que solicitaba que se declara que es titular exclusivo del solar de 1.904,06 m² correspondiente al suelo ocupado por el Hotel y sus anejos. El demandado se opuso al considerar que el suelo referido constituye un elemento común, por lo que la segregación supone una modificación del título constitutivo que requiere la unanimidad de los propietarios (art. 17.1 LPH). Además, niega que pueda usucapir un elemento común por naturaleza, como es el suelo o el vuelo (art. 396 CC). Los argumentos esgrimidos por el demandando son compartidos tanto por el JPI como por la AP, en particular, ésta última declara que:

“El régimen de la propiedad horizontal se caracteriza y, a su vez, queda determinado, por la confluencia de distintas titularidades dominicales. Por un lado, la que ostentan los propietarios de los pisos o locales que componen el inmueble, y por otro, la de todos los copropietarios sobre los elementos comunes del inmueble, lo que origina la coexistencia de recíprocos derechos y obligaciones entre el propietario y la Comunidad de la que forma parte, que hace surgir inevitables limitaciones en el ejercicio del derecho dominical de aquél, de modo que las diversas facultades de las que es titular como dueño quedan confinadas por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás y por el interés general.

El artículo 396 del Código Civil (LEG 1889, 27) contiene una enumeración abierta o indicativa (“tales como...”), de los elementos comunes del

edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, dentro de la cual cabe clasificarlos como: (...) B/Elementos naturales o no esenciales, que son comunes salvo que en el título constitutivo, por resolución judicial o la voluntad unánime de los copropietarios se haya excluido tal condición y hayan quedado desafectados del uso y disfrute común. (...).

Cualquier alteración de un elemento común del edificio exige como requisito necesario habilitante el consentimiento unánime de los propietarios a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 en relación con el artículo 17-1º de la Ley de Propiedad Horizontal, salvo que se trate de alteraciones menores propias del “ius possidendi” reconocido a cada propietario sobre el elemento común para un mejor aprovechamiento de su parte privativa -no es éste el caso-.

En consecuencia, y tratándose de un elemento común, no pudiendo prosperar la petición principal tampoco podrán prosperar las otras siete del suplico de la demanda, debiendo hacer hincapié una vez más en que en la escritura de agrupación, manifestación de obra nueva en construcción y división horizontal que data de 11 de Marzo de 1967 aportado con la demanda se reseña en el Exponendo 4º que la finca cuya obra nueva se manifiesta en el hecho anterior, está formada por dos bloques ... y ocupa la total extensión del solar, solar con extensión superficial de 2.318, 17 m2, sin que se efectuara por la actora ningún derecho de reserva sobre suelo ni sobre vuelo en el título constitutivo”.

A.A.O.

DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO EN UN CONTRATO DE SEGURO COMO OBLIGACION DEL TOMADOR. INCUMPLIMIENTO AL NO MANIFESTAR EN UN CUESTIONARIO DE SALUD NO GENÉRICO QUE 2 AÑOS ANTES SE LE HABÍA RECONOCIDO LA CORRESPONDIENTE PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL QUE SE OBTUVO ENTRE OTRAS ENFERMEDADES POR LA DOLENCIA QUE PROVOCÓ SU BAJA MÉDICA Y POR LA QUE RECLAMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE. SENTENCIA DE 21 ABRIL DE 2014.

El demandante concertó una póliza de seguro médico por incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente con la aseguradora demandada DKV el 19 de noviembre de 2009. El asegurado causó baja médica derivada de contingencia común desde el 11 de agosto de 2010 hasta el 12 de enero de 2011, por lo que reclama la indemnización correspondiente a dicho periodo. Consta que el actor sufrió distintas afecciones relacionadas con el motivo de la baja médica en marzo de 2009 y en febrero de 2005, así como que en agosto de 2008 la Seguridad Social aprobó una pensión por Incapacidad Permanente en grado Total para su profesión habitual en favor del demandante.

A pesar de todo ello, cuando hubo de rellenar el cuestionario al que se refiere el art. 10 LCS previa la contratación del seguro, respondió negativamente a preguntas relativas a si había tenido alguna enfermedad, accidente o intervención quirúrgica (y las tuvo); a si había tenido alguna enfermedad o accidente que le hubiese obligado a hospitalizarse (y las tuvo); si le habían realizado pruebas radiológicas, chequeos médicos (y se las realizaron); y si tenía dolores de espalda o articulares, alteraciones de próstata, hernia, trastornos en la rodilla y depresión/ansiedad (y tenía lumbalgia, trastorno de rodilla y gonálgia bilateral crónica).

Consecuentemente, la AP confirma que el actor no dijo la verdad al rellenar el cuestionario dolosamente, lo que comporta la liberación del asegurador (art. 10 LCS) y la consecuente falta de cobertura de la póliza.

A.A.O.

CONTRATOS BANCARIOS. NULIDAD DE LA SUSCRIPCIÓN DE PARTICIPACIONES PREFERENTES POR ERROR EN EL CONSENTIMIENTO. CLIENTE MINORISTA: COMPLEJIDAD DEL PRODUCTO Y DEFICIENTE INFORMACIÓN SOBRE EL PRODUCTO: EFECTOS: PAGO DE INTERESES EN CONCEPTO DE LUCRO CESANTE: CÁLCULO. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL SENTENCIA DE 6 FEBRERO DE 2014.

La AP conoce de un recurso de apelación interpuesto por Bankia contra la SJPI en la que se estima la demanda de nulidad de la suscripción de participaciones preferentes de Caja Madrid interpuesta por un inversor. La apelante alega que los demandantes eran plenamente concedores del producto en el que invertían, siendo la información facilitada la correcta y sin que el banco asumiera funciones de asesoramiento en materia de inversiones, ni cobrara retribución o comisión alguna por tal concepto, negando, en definitiva, cualquier vicio en el consentimiento. Asimismo, alega que los demandantes fueron titulares ya de participaciones preferentes de la Caja que canjearon voluntariamente por las nuevas participaciones, lo que demostraría su experiencia y, en particular, confirmaría su consentimiento sobre el producto.

Pues bien, la AP niega tal extremo por considerar que “[L]a suscripción de participaciones preferentes serie I no desvirtúa esta conclusión, pues tal suscripción participa de las mismas características de la ahora controvertidas de la serie II y, por tanto, de los mismos vicios en cuanto a su comercialización en relación a los demandados” (sin embargo, nótese que ningún error en el consentimiento alegan los demandantes sobre las ppf serie I pues con aquellas no se produjeron pérdidas). Más aún, asegura que “la sucesión de contratos no implica ni nada tiene que ver con la doctrina de los actos propios, ni, en el caso concreto, supone que puedan relajarse las exigencias de información, ni que no existieran las mismas carencias en relación a la adquisición de las participaciones preferentes serie I, pues ciertamente estamos, según afirma la propia recurrente, ante el mismo producto ofrecido por la misma entidad y a los mismos demandantes, y en ningún caso se ha hecho prueba de las condiciones de aquella contratación”. Por lo que respecta la ausencia de información suficiente que provocó el error en el consentimiento de los demandantes, sostiene que la realización del test de conveniencia no resulta suficiente, debiendo haberse realizado el test de idoneidad previsto en el art. 79 bis LMV cuando se preste un servicio de asesoramiento pues, aunque no se suscribiera un contrato de asesoramiento financiero “[e]s un producto creado, gestionado y vendido por Caja Madrid, cualquiera que sea el ropaje jurídico empleado para ello, y, por tanto, no puede negarse su asesoramiento a los clientes y su pretensión de que los mismos suscribieran esas participaciones preferentes”. Finalmente, en relación a la entrega del folleto informativo de la emisión, niega su suficiencia informativa debido a que al tratarse de un producto complejo, se han de cumplir unas “especiales exigencias en cuanto a información, que no se satisfacen con la simple firma y entrega al cliente de un extensa y abrumadora documentación, sino de una información directa, personal y clara sobre el tipo de producto y, sobre todo, sobre los riesgos del mismo”.

Finalmente, la AP rechaza el recurso de apelación, condena a la entidad a restituir el importe de la inversión y reconoce, adicionalmente, el derecho de los demandantes a recibir una indemnización en concepto de lucro cesante, consistente en el abono de los intereses que se hubieran obtenido en un depósito a plazo de más de dos años, tomando como referencia los valores publicados en el Banco de España.

A.A.O.

CONSUMIDORES Y USUARIOS. COMPRA DE MOTOCICLETA. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO POR LA VENDEDORA DE SU OBLIGACIÓN DE REPARACIÓN: DICHA NO REPARACIÓN O REPARACIÓN YA TARDÍA, FRUSTRA LA FINALIDAD DEL CONTRATO. EFECTOS: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. ABONO DE LOS GASTOS, E INTERESES DEL PRÉSTAMO PARA LA FINANCIACIÓN DE LA MOTOCICLETA. DAÑOS MORALES: CUANTIFICACIÓN. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL. SENTENCIA DE 7 MARZO DE 2014.

En abril de 2011 un consumidor adquirió una motocicleta que comenzó a dar fallos en el sistema ABS en junio de 2011. Para solventar la avería, el consumidor dejó el vehículo en el taller el 1 de julio de 2011, el 22 de julio del 2011, el 29 de julio de 2011 y el 7 de septiembre, calificando la avería el taller como “caso puma” concepto utilizado para calificar aquellas averías cuya causa se desconoce. Finalmente, el 4 de octubre de 2011 el cliente remitió un requerimiento al concesionario para que procediera a la reparación de la motocicleta en plazo de 15 días, dejando el vehículo de nuevo en el taller el 5 de octubre del mismo año. Pues bien, el concesionario entiende que la comunicación de la falta de conformidad no se realizó hasta el 4 de octubre, momento en que se requiere la reparación por escrito. Asimismo, considera que el plazo en que se reparó finalmente (40 días, pues hubo de pedirse una pieza a Alemania) era razonable, y que el plazo exigido por el cliente (15 días) era demasiado breve, y que el

demandante actúa contra sus propios actos pues eligió la reparación del vehículo instando ahora la resolución contractual.

Niega la AP que la comunicación de la falta de conformidad se produjera el 4 de octubre, pues la declaración de falta de conformidad exige el cumplimiento de requisitos formales, es decir, puede formularse expresa o tácitamente sin necesidad de formularse por escrito. Por lo tanto, el cliente manifestó la falta de conformidad en junio de 2011, cuando llevó por primera vez el vehículo al taller para reparar la avería del ABS. Por lo tanto, *“la vendedora dejó transcurrir el tiempo suficiente sin dar cumplido cumplimiento a su obligación de reparación para entender que la espera del consumidor era razonable y en consecuencia, dicha no reparación o reparación ya tardía, frustra la finalidad del contrato, entendiéndose incurso la vendedora en justa causa de resolución y correctamente aplicado lo dispuesto en el Art. 121 del RDLeg 1/07”*. Adicionalmente, ratifica la sentencia de instancia en relación con la condena a la entidad de abonar los gastos e intereses del préstamo pues, pese a ser la forma de pago discrecionalmente elegida por el cliente *“la frustración del fin del contrato que determina la resolución se debe a la ausencia de reparación en plazo razonable, imputable a dicha parte, por lo que dicho perjuicio ha de estimarse indemnizable”*. Finalmente, condena a la entidad a indemnizar en 3.000 € en concepto de daños morales al consumidor ya que *“[l]a privación de la posibilidad de uso de un vehículo puede ocasionar un lucro cesante indemnizable, en cuanto si el destino del mismo es el desempeño de actividades lucrativas, o laborales. La imposibilidad de uso de un vehículo particular, aunque no genere perjuicios económicos, no implica no determine un daño moral, cuando su privación alcanza al disfrute del mismo en actividades de ocio y recreo, que es privado por la conducta imputable al incumplimiento de la parte demandada”*.

A.A.O.

CONTRATOS BANCARIOS. NULIDAD DE LA SUSCRIPCIÓN DE PARTICIPACIONES PREFERENTES POR EXISTENCIA DE UN VICIO DE ERROR EN LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR LA CLIENTE, INVERSORA MINORISTA: NO

FACILITACIÓN DE LA INFORMACIÓN NECESARIA Y PRECISA EXIGIBLE: APLICACIÓN DEL ART. 1303 CC. CONTRATOS: INEFICACIA: NULIDAD: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: ACCIÓN DE NULIDAD: LA AMBIGÜEDAD TERMINOLÓGICA DEL ART. 1301 CC AL REFERIRSE A DICHA ACCIÓN HA SIDO PRECISADA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIALMENTE: ALCANCE. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL. SENTENCIA DE 21 MARZO DE 2014.

Bankia presenta recurso de apelación contra la SJPI que declara la nulidad por error en el consentimiento de los demandantes adquirentes de participaciones preferentes de Caja Madrid. En primer lugar, alega la caducidad de la acción la cual es desestimada por la AP siguiendo el criterio del TS en su sentencia de 11 de junio de 2003 según la cual “[d] ispone el Art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que “es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones”. Así pues, no habiéndose consumado el contrato en el momento de la perfección del mismo (orden de suscripción) declara que la acción no ha caducado.

Por lo que respecta a la información recibida por los clientes, manifiesta la insuficiencia informativa del test de idoneidad y la irrelevancia de la cláusula aceptada por los clientes según la cual había recibido información detallada sobre las características del producto y sus riesgos. Asimismo, rechaza que el hecho de disponer de otros productos de inversión permita deducir que comprendieran los riesgos de las participaciones preferentes, sino más bien, que buscaban la mayor rentabilidad de sus ahorros. Finalmente, condena a la entidad a restituir el importe de la inversión y a indemnizarles en concepto de lucro cesante mediante el abono de los intereses que se hubieran obtenido en un depósito a plazo de más de dos años, tomando como referencia los valores publicados en el Banco de España.

A.A.O.

SEGURO DE ACCIDENTES. RECLAMACION DE CANTIDAD. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. PROCEDENCIA: LOS SUPUESTOS DE INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL DEBEN CONSIDERARSE ASIMILABLES A LOS SUPUESTOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL CON EL LÍMITE DE COBERTURA DEL 100% DEL CAPITAL FIJADO PARA ÉSTA, SENTIDO EN EL QUE HAY QUE INTERPRETAR EL «MÁXIMO» QUE PRECEDE AL CAPITAL ASEGURADO. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS «IN DUBIO PRO ASEGURADO» Y «CONTRA PROFERENTEM».

El 28 de junio de 2009 el actor contrató un seguro asociado a un préstamo personal que aseguraba el riesgo “Invalidez Permanente por Accidente”. El 24 de marzo de 2010 sufrió un accidente laboral siéndole declarada una Incapacidad Permanente en grado de Total. El asegurado reclama de la entidad el abono de los 159.135 € del capital asegurado (revalorizado), mientras aquella ofrece 22.500 € al valorar las secuelas padecidas en un 15%, por asimilación con “pérdida total de movimiento de un tobillo” según el baremo contenido en las condiciones generales de la póliza, porcentaje contemplado para la invalidez permanente parcial.

La demandada recurrente alega que en el condicionado particular, el asegurado aceptó las condiciones y cláusulas limitativas, en particular la cláusula en la que se manifiesta que el MÁXIMO de la indemnización por invalidez permanente son 159.135,00 € y que, los límites a dicha cobertura se encontraban en el art. 2 del condicionado general, donde se delimita el riesgo que la aseguradora está dispuesta a cubrir con el seguro, y que en el caso concreto de seguro de accidentes la propia LCS en su art. 104, se remite a los baremos fijados en la póliza. Insiste, por lo demás, en que la cláusula es delimitadora del riesgo y no limitadora del mismo, por lo que no está sujeta a las exigencias del art. 3 LCS.

Frente a las alegaciones de la apelante, la postura de esta Sala es reiterada, que ya mantenía en la sentencia de 28 de Dic.2009 que *“de la difusa delimitación en ocasiones sobre la naturaleza limitativa o delimitadora del riesgo de dichas cláusulas, lo que ha de quedar fuera de toda duda, es que la simple invocación de su carácter delimitador del riesgo, en este supuesto porque la LCS se refiere a baremos de la póliza, conceda una automática aplicabilidad a todo baremo que se oponga, incluido en un condicionado general, al que el particular ni remita, refiera o no conste aceptado, de tal manera que no podamos determinar que dicha aplicabilidad se incardine en la voluntad negocial”*.

Ahora bien, pese a que el asegurado aceptó dichas cláusulas en el condicionado particular, la jurisprudencia consolidada impone que la interpretación de los arts. 2 y 3 LCS sean interpretados en favor del asegurado, por lo que, al interpretar qué se entienda por “máximo” debe estarse al principio *in dubio pro asegurado*. Así pues, declara la AP que *“Si una incapacidad permanente parcial puede ser desencadenante de una permanente total, puede concluirse que la diferencia entre una y otra afecta, no a su naturaleza, sino a su gravedad o intensidad, por lo que, en trance de interpretar el contrato suscrito, y en aplicación de los principios más arriba citados (in dubio pro asegurado y contra proferentem), los supuestos de invalidez permanente total deben considerarse asimilables a los supuestos de incapacidad permanente parcial con el límite de cobertura del 100% del capital fijado para ésta, sentido en el que habría que interpretar el “máximo” que precede al capital asegurado”*. Por lo tanto, la AP confirma la SJPI y condena a la entidad aseguradora a indemnizar en la cantidad de 159.135 € al asegurado, incrementado con los intereses del art. 20 LCS.

A.A.O.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES. EXISTENCIA: OCULTACIÓN POR SOCIO Y ADMINISTRADOR SOLIDARIO DE UNA SOCIEDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE OTRA SOCIEDAD CON IDÉNTICO OBJETO. INEXISTENCIA: (I) EMPLEO POR TRABAJADORES DE UNA EMPRESA DE SIGNOS DISTINTIVOS DE OTRA: DESTINATARIOS DE LOS SERVICIOS PRESTADOS SON EMPRESAS QUE PREVIAMENTE YA HABÍAN CONTRATADO. (II) ACTOS SIN TRASCENDENCIA EXTERNA QUE NO GENERAN CONFUSIÓN. (III) CAMBIO DE EMPRESA POR TRABAJADORES: AUSENCIA DE PACTO DE PERMANENCIA O TRABAJO DE FORMA REGULAR Y EXCLUSIVA PARA LA ENTIDAD ACTORA, CONTRIBUCIÓN NO ESENCIAL. AUDIENCIA

PROVINCIAL DE CIUDAD REAL. SENTENCIA DE 7 NOVIEMBRE DE 2013.

La sentencia impugnada desestimó íntegramente la demanda en la que se ejercitaban de forma acumulada sendas acciones declarativas de deslealtad, de cesación de conducta desleal y prohibición de reiteración futura e indemnizatoria de resarcimiento de daños y perjuicios, por considerar que los actos de competencia desleal en que se sustentan aquellas no han quedado acreditados o no se incardinan en los tipificados como tales. La entidad demandante se alza en apelación, determinando la AP lo siguiente:

- Actos de confusión: por el “empleo por los trabajadores de Govián Cubiertas y Fachadas S.L.U. de chalecos con signos distintivos de Gamaislan S.L., así como en el uso por los mismos de un vehículo propiedad de la ésta trabajando don Argimiro , cabeza visible de Gamaislan, para Govián. (...) Pues bien, en el supuesto enjuiciado, no se cumplen los requisitos configuradores del acto de confusión achacado a las demandadas (...). En efecto, no se trata de que los destinatarios de los servicios prestados sean consumidores a los que se les genera un peligro de confusión en cuanto a la actividad o prestación sino de empresas que previamente y con anterioridad ya han contratado con ellos la realización de una actividad concreta, no teniendo los actos, por ende, trascendencia externa, sin que ninguna duda le hayan generado e inducido a contratar el uso posterior por los trabajadores de signos distintivos de otra empresa máxime cuando ni son configuradores de la actividad y se trata de un acto meramente voluntario de los trabajadores quienes indistintamente en vez de usar un uniforme concreto de la entidad para la que trabajan por no existir utilizan prendas de vestir que ya poseen entre el que se encuentran las que le habían suministrado anteriormente otras empresas en las que habían trabajado”.

- Actos de imitación y explotación de la reputación ajena: no se especifica en la demanda qué actos constituyen estos actos desleales pero, en cualquier caso, “[n]inguna de estas circunstancias concurren en el caso de autos como bien expone la sentencia recurrida al analizar tanto el tipo de prestación como el modelo de negocio por cuanto ninguna particularidad existe entre la actividad desarrollada por la actora con respecto a otras múltiples empresas citadas en la vista que realizan idénticas labores ni ninguna diferenciación existe entre ellas, o al menos no se acreditado, de ahí que ni existan actos de imitación propiamente dichos ni puede admitirse que en su modo de proceder se aproveche de la reputación ajena, dándose por reproducidos a tal efecto los impecables fundamentos que

contiene la sentencia impugnada y que llevan a que decaiga también en ese extremo el recurso”.

- Violación de secretos. “Se denuncia como comportamiento desleal la conducta del Sr. Argimiro , administrador solidario de la actora, quién aprovechándose de su condición y gracias a la información y conocimientos obtenidos por su cargo, ha captado clientes para la sociedad demandada de la que es socio único y administrador, actualmente de hecho, siendo su esposa, la codemandada Sra. Enma, la administradora de derecho. Pues bien, dicha conducta desde la perspectiva del invocado artículo 13 de la LCD (RCL 1991, 71), incluso quedando acreditada, no tiene encaje por cuanto se cataloga de desleal la divulgación o explotación de un secreto industrial o empresarial”.

- Inducción a la infracción contractual. “Se considera desleal la conducta de los demandados por cuanto los trabajadores de Govián antes lo eran de Gamaislan atribuyéndose dicho cambio a la labor desplegada por el codemandado Sr. Argimiro. (...) Pues bien, en el caso debatido, no se ha acreditado y, por ende, no concurren ninguno de los dos presupuestos necesarios para calificar de desleal la conducta de los demandados por el hecho de que dos de los trabajadores de la actora se marchasen a la demandada. Ni tienen pacto de permanencia ni trabajaron de forma regular, continua y exclusiva para la misma como lo denota su historial laboral, ni una cualificación especial obtenida en la misma que les hiciera indispensables ni imprescindibles ni ello supuso una merma en el número de empleados, que se mantiene prácticamente igual, ni afectó realmente al funcionamiento de la misma, ni su contribución es esencial, por tanto, ningún exponente hay del propósito intencional antes expuesto máxime cuando son sus condiciones laborales son similares y se trata de personas con vínculos de parentesco con el demandado”.

- Actos contrarios a la buena fe. “Llegados a este extremo, y una vez acreditado que la entidad Govián, cuyo sustrato personal estaba integrado únicamente por el referido Sr. Luciano , quién cesó en su cargo de administrador de la sociedad siéndolo a partir de la escritura pública otorgada el día siguiente a la referida Junta de Gamaislan, su esposa, la codemandada Sra. Enma, y que el núcleo de la actividad de dicha mercantil ha sido con la empresa Aceiroid, o sea, con el principal cliente de la actora, el debate se circunscribe a determinar si ese comportamiento es objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (...) con la singularidad de que el comportamiento aún resulta más reprochable pues aparece realizado no por quién se encuentra vinculado laboralmente a la sociedad actora sino por quién es socio y administrador solidario de la misma naciendo la ilicitud de su conducta

no de un quebrantamiento de la relación contractual que le vincula con la sociedad, (...) sino de una vulneración de la regla de conducta que no solo es tenida como exigible en el ámbito de las relaciones humanas sino que es apta en un sistema de libre competencia sirve para el buen orden competencial sancionado en nuestro derecho positivo

Este Tribunal entiende, a diferencia de lo que sostiene la resolución recurrida y por las razones expuestas, que ha quedado acreditado que el Sr. Argimiro ocultó la constitución de Govián y el inicio de sus actividades a Gamaislan, empresa de la que era administrador solidario y socio, por parte iguales, junto con el Sr. Luciano”.

En atención a lo expuesto la AP estimó el recurso y declaró la deslealtad de la conducta de los codemandados toda vez que la code mandada Sra. Enma, quién desconocía todo lo relacionado con el negocio y es la esposa del Sr. Argimiro, actuaba como un mero testaferro de su marido que utilizó el mecanismo societario para realizar actos, en lo que aquí interesa, constitutivos de ilícito competencial. Así pues, la AP estimó parcialmente la demanda pero no condenó a la demandada a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados a la demandante, pues aquélla no cuantificó suficientemente dichos daños.

A.A.O.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: RECLAMACION DE CANTIDAD: PROCEDENCIA: CONTRATO DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES: RESOLUCIÓN UNILATERAL INJUSTIFICADA: PACTO DE DURACIÓN DE CINCO AÑOS, DE LOS QUE LA PARTE SOLAMENTE MANTUVO EL PRIMERO DE ELLOS: INDEMNIZACIÓN: MODERACIÓN DE LA CUANTÍA. CONSUMIDORES Y USUARIOS: CLÁUSULAS ABUSIVAS: IMPROCEDENCIA: CLÁUSULA DE DURACIÓN DE CINCO AÑOS. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA. SENTENCIA DE 29 ENERO DE 2014.

La sentencia impugnada declaró abusiva la cláusula relativa a la duración y manera de fijar la indemnización contenida en el contrato de mantenimiento de dos ascensores celebrado entre las partes. Dicha cláusula establecía que la duración sería de cinco años prorrogables por períodos de la misma duración, mientras no se denunciara con antelación no inferior a 30 días por alguna de las partes. Ante la notificación de resolución por incumplimiento contractual, la entidad demandante reclamó el 50% de los servicios dejados de percibir y la devolución de las bonificaciones pagadas a la demandada en razón a la duración del contrato.

La Audiencia recuerda la disparidad existente en la jurisprudencia menor relativa a la cuestión del carácter abusivo de la cláusula de duración en los contratos de mantenimiento de ascensores y estima parcialmente el recurso de apelación presentado por la demandante en contra de la comunidad de propietarios demandada.

En este sentido puede afirmarse que hoy es una “comunis opinio” entre la denominada jurisprudencia menor en el sentido de entender que la falta de negociación individual no determina el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato de adhesión, ya que para ello, según establecen los artículos 10 y 10 bis de la Ley 26/84 general de Defensa de consumidores y Usuarios, se requiere que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios. Por otra parte, también debe acreditarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo. 10.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que le fue impuesta al consumidor, este motivo aún cuando pudiera alegarse, no supone que el contratista, hubiera obligado a la Comunidad de Propietarios a la firma del contrato. Sino que ésta, pudo evitar o eludir su aplicación, contratando con otra empresa, o reduciendo la cuantía de duración del contrato.

La Audiencia declara acreditado que se trata de un contrato de adhesión pero hay que tener en cuenta que su *clausulado*, en tanto sea conocido por la parte que presta la adhesión y no vulnere los límites legales, es perfectamente válido, puesto que sus condiciones generales, aunque efectivamente ya redactadas de antemano, para aplicar a todos los contratos que se celebren de determinado tipo de mantenimiento de elevadores, y a cuya imposición no puede resistir el usuario que deseaba obtener un precio más económico determinado servicio, sin embargo, por sí mismas, no pueden calificarse como ilícitas ni atentatorias a la libertad de contratación ya que el mantenimiento de ascensores no se presta en régimen de monopolio, sino que, por el contrario, está presidido por el principio de libre competencia.

Por lo que hace al plazo de duración del contrato, cinco años, es lo cierto que se viene admitiendo como criterio general que una duración de cinco años, per se, no implica una duración que haga la cláusula abusiva, y así se viene considerando por esta Audiencia.

Finalmente, en relación a la supuesta anulación de la cláusula por estimar que se infringe el artículo 12,3 Ley de consumidores aplicable al momento de la firma del contrato en cuanto establece una indemnización que no se corresponde con los daños efectivamente causados, la Audiencia señala que resulta evidente que en supuestos, como el que nos ocupa, de resolución unilateral e injustificada de un contrato de mantenimiento dentro del plazo de duración pactado, con clara vulneración de la buena fe contractual exigida por el artículo 1258 del Código Civil, necesariamente ha de producirse un perjuicio al que sufre la injusta resolución, al verse privado de las expectativas fundadas de obtener los correspondientes ingresos derivados de la prestación convenida.

Por tanto, no cabe dejar la validez del contrato a la voluntad de una de las partes. Se convino una duración de cinco años, de los que la parte solamente mantuvo el primero de ellos la validez, dejándolo unilateralmente sin efecto, y sin justa causa, extremo claramente recogido en la sentencia.

Si la nulidad de la cláusula en si no resulta acogible, lo que cabe es moderar si es que procede el importe de la indemnización, que atendido el tiempo transcurrido y la cuantía y alzase de la misma debe limitarse a la mitad de la suma reclamada y desde luego a resolver el contrato, ya asumido por las partes.

I.R.S.

**DERECHO AL HONOR: INTROMISION ILEGITIMA:
IMPROCEDENCIA: REPORTAJE NEUTRAL: NADA
NUEVO SE AÑADE DE ESENCIAL, QUEDANDO
CLARA SU NEUTRALIDAD. COSTAS PROCESALES:
IMPOSICION: IMPROCEDENCIA: AL ACTOR:
DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA: APARIENCIAS
QUE RAZONABLEMENTE HICIERON A LA PARTE
PRESUMIR LA EXISTENCIA DEL SOPORTE FÁCTICO
QUE LE LLEVÓ A DEMANDAR. AUDIENCIA**

PROVINCIAL DE CUENCA. SENTENCIA DE 29 ENERO DE 2014.

En la demanda objeto del presente pleito se alega que la noticia que apareció en un programa televisivo bajo el titular de “culturista camello” constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y se solicita la condena de las demandadas a la lectura del fundamento y fallo de la sentencia y a una indemnización de 45.000 euros bajo el concepto de daños morales y al pago de costas. La sentencia apelada desestimó íntegramente la demanda concluyendo que no se menciona el nombre del demandante, limitándose a ampliar una noticia ya aparecida en prensa, concretando ciertos aspectos de la misma, fruto de la investigación llevada a cabo por las demandadas y condena al demandante a las costas.

La AP señala que *la libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.*

No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5).

Además, señala la Audiencia que también cabe el denominado *reportaje neutral* (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración (SAP Madrid 5-3- 2013).

Sobre los requisitos del *reportaje neutral* señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2009 que:

“a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas, de modo que se excluye el *reportaje neutral* cuando no se determina quién hizo tales declaraciones - SSTC 1/94, 190/96 y 139/2007 -.

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, de modo que si ésta se reelabora no hay *reportaje neutral* - SSTC 41/94, 144/98 y 139/2007 -.

“Cuando se reúnen ambas circunstancias -dice la STC 139/2007 - la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad.”

En relación al carácter neutral del *reportaje* la Audiencia, reiterando los argumentos de la sentencia apelada, señala que “no es cierto que se reelabore la noticia como se opondría por la apelante; el visionado del *reportaje* deja de relieve que nada nuevo se añade de esencial, quedando clara su neutralidad”, por lo que quedó plenamente acreditado que no existió una intromisión ilegítima en el honor - en el ámbito estrictamente civil- del demandante.

No obstante, en relación las costas, la Audiencia señala que “ciertamente la presentación de la demanda aparece justificada, siendo evidentes las dudas que pudo suscitar a la parte y que esta Sala ha constado”.

En este sentido el artículo 394, apdo. 1 LEC 1/2000 establece como regla el denominado principio del vencimiento objetivo, de modo que las costas de primera instancia se imponen, según dicho precepto al litigante cuyas pretensiones resulten íntegramente desestimadas. Con todo, el último inciso de la norma prevé

que la regla pueda experimentar una inflexión en los casos en que el caso presente «serias dudas de hecho o de derecho».

La Sala argumenta que con carácter general se estableció el criterio del vencimiento en materia de costas, para los juicios declarativos, artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.888 SIC, en virtud de la reforma introducida por la Ley 34/84 de 6 de agosto, criterio que ha mantenido, y ha fortalecido, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2.000, artículo 394. Junto al criterio del vencimiento se establece como excepción que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho.

Como este caso, existen unas apariencias que razonablemente hicieron a la parte presumir la existencia del soporte fáctico que le llevó a demandar, la existencia del reportaje, la aparición del demandante, el carácter de la noticia que pensaba legítima podía cuestionar su honorabilidad o suscitar dudas a sus vecinos y amigos, de modo que procede no hacer condena en las costas de ninguna de las instancias, (arts. 399 y 394 LEC).

I.R.S.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS: DERECHO AL HONOR: INTROMISION ILEGITIMA: PROCEDENCIA: NOTICIA EN PERIÓDICOS BAJO EL TITULAR “DETENIDO UN CULTURISTA POR TRÁFICO DE ANABOLIZANTES” “UN CULTURISTA QUE FUE SUBCAMPEÓN DEL MUNDO TRAFICABA CON DROGAS” Y “CULTURISTA TRAFICANTE”: FOTOGRAFÍA ERRÓNEA NO CIRCUNSTANCIAL; EFECTOS: 15.000 EUROS DE INDEMNIZACIÓN AL NO PROBARSE EL BENEFICIO DEL INFORMANTE: PARA EVALUAR LA GRAVEDAD NO CABE ATENDER AL «AGRAVAMIENTO» DE LA MISMA POR SER RECOGIDAS LAS INFORMACIONES EN OTROS MEDIOS. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA. SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 2014.

El demandante invoca la violación de su derecho fundamental al honor y a la intimidad y la propia imagen, contra el diario que publicó un artículo que se hacía eco de las pesquisas y actuaciones policiales, llevadas a cabo con ocasión del desmantelamiento de una red de distribución de anabolizantes y cocaína, por parte de la Policía Nacional, en la que se vieron envueltos culturista y gimnasios de la geografía española. La noticia apareció en dos publicaciones y en ambas se inserta un fotograma que muestra una imagen distinta de la que se menciona a su pie, correspondiendo en la realidad no a la persona que se menciona en su pie, sino al actor y hoy apelante.

La sentencia apelada, estimatoria de la demanda, declaro que el diario que difundió la noticia es constitutiva de intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y propia imagen del demandante y condenó a dicho diario a publicar en la misma revista con el mismo tamaño y forma del texto de la noticia que dio lugar al presente pleito, tanto el fundamento jurídico en el que se acredita la existencia de intromisión ilegítima, como el fallo o parte dispositiva de la misma bajo el titular que se señala en la sentencia, más el pago de una determinada cantidad en concepto de daños morales.

La entidad recurrente alega que la juzgadora a quo, realiza un inadecuado e insuficiente juicio de ponderación constitucional, al someter los derechos al honor, intimidad e imagen a un mismo canon de enjuiciamiento, apartándose de la doctrina constitucional que declara que se trata de derechos autónomos e independientes.

Al igual que la sentencia ahora apelada, la Audiencia declara que *“el error de identificación en que se incurrió en la exposición gráfica de la noticia, que constituye el objeto del debate, alcanza, en este caso, significación suficiente para entender quebrantado su carácter de información veraz, al interrelacionarse la equivocada fotografía integrada en el artículo con el contenido escrito de la información para formar un todo, pues fue omitida la obligación de comprobar o contrastar la veracidad de dicha información gráfica, y ha habido negligencia o irresponsabilidad al facilitarla, sin la debida comprobación, como hecho cierto, con el efecto de que su divulgación supone sin duda menosprecio o descrédito en la consideración de la persona del demandante y hoy apelado, en este sentido la SSTS 11 de diciembre de 2003, y 15 de septiembre de 2008”*.

Los apelantes, que las fotografías fueron obtenidas no por el medio informativo, sino por las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado, quienes facilitaron al periodista autor de la noticia junto con la que

reproducía los materiales incautados en la operación, de ahí que se aludiera al origen de la misma en la propia reproducción (“fuente policial”).

Por tanto, concluye la Audiencia que *“en el presente caso existe negligencia del medio informativo al asociar la noticia sobre una actividad delictiva con la imagen de quien nada tenía que ver con ella, suscitando en quien recibe la noticia la creencia inducida de que la persona fotografiada había sido detenido por un delito. Mediante la imagen del demandante se perjudico su honor sin justificación alguna, «menoscabando su fama», como prevé el artículo 7.7 LPDH, haciéndole desmerecer en la consideración ajena.*

De ese modo, por la escasa diligencia del periódico, ha resultado la posible imputación a un inocente de un acto socialmente rechazable, cuya atribución a una persona la hace desmerecer en el concepto público. Es incuestionable que faltó diligencia en la comprobación de la noticia y con su descuido provoco el error de confundir la identidad fotográfica de la persona incluida en la imagen difundida”

I.R.S.

**CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION:
CLAUSULAS SUELO: NULIDAD: IMPROCEDENCIA:
PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: REDACCIÓN CLARA
Y SENCILLA: MANIFESTACIONES EN DOCUMENTO
PÚBLICO POR LA ACTORA QUE ACREDITAN SU
CONOCIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS: INAPLICACIÓN
DE LA LEY DE MERCADOS DE VALORES: RELACIÓN
ENTRE PROFESIONALES: LICITUD DE DICHAS
CLÁUSULAS HA SIDO REITERADAMENTE AFIRMADA,
CON CARÁCTER GENERAL, POR LA NORMATIVA
BANCARIA, SIN ESTABLECER RESTRICCIÓN ALGUNA.
AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA. SENTENCIA DE
30 DE JULIO DE 2013.**

La entidad mercantil actora había adquirido varias fincas de otras dos entidades, subrogándose en los contratos de préstamo hipotecario que aquellas habían celebrado a su vez con la entidad bancaria deman-

dada y otro contrato de préstamo hipotecario celebrado con la misma demandada, para la construcción de un edificio.

En uno de los contratos de compraventa de las fincas, en el que se pactó la subrogación en el préstamo hipotecario sin novación y asumiendo la obligación personal dimanante del mencionado préstamo que con hipoteca gravaba dichas fincas, liberando a la vendedora de cuantas responsabilidades pudieran derivarse de la misma el administrador de la entidad vendedora era esposo de la administradora de la mercantil compradora y actora en el presente pleito.

La entidad mercantil actora presentó demanda en la que ejercitaba la acción de nulidad, por abusivas, de la condición general de la contratación vulgarmente llamada cláusula suelo que aparecía incluida en cada uno de los tres contratos de préstamo que mantenía con el banco demandado, acumulando a dichas acciones las de reclamación de cantidad de las diferencias pagadas de más en concepto de intereses de calcularse estos sin aplicar la referida cláusula en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2009 y las diferencias que se vayan pagando hasta la resolución definitiva del pleito.

La cláusula en cuestión establecía lo siguiente: *“El tipo de interés revisado conforme a las reglas anteriores, no podrá ser superior al 9,00% nominal anual, ni inferior al 2,25% nominal anual durante el periodo de carencia, ni ser superior al 11,00% nominal anual, ni inferior al 3,00% nominal anual, durante el periodo de amortización”*

La sentencia recurrida en grado de apelación estimó íntegramente la demanda, declarando la nulidad de la cláusula suelo por apreciar la existencia de vicio en consentimiento y que la misma es contraria a la buena fe y condenando al banco a eliminar dicha cláusula de los contratos en cuestión, al reintegro de las cantidades pagadas en exceso en aplicación de la referida cláusula y al abono de las cantidades que con posterioridad a la demanda se hayan abonado en aplicación de las cláusulas nulas. La sentencia se fundó básicamente en el testimonio del administrador de la mercantil vendedora, esposo de la administradora de la demandante y también administrador de la misma, por lo que, conforme declara la Audiencia, *“a la fecha de la firma de la escritura de subrogación en el préstamo hipotecario tuvo que conocer la cláusula referida”*.

Respecto a las cantidades reclamadas -que son la diferencia que resulta en el cálculo de los intereses en 3 cuotas de amortización de los préstamos hipotecarios que nunca se llegaron a abonar por la demandante, siendo la propia demandante la que reconoce este extremo- la Au-

diencia señala que *“difícilmente puede condenarse a la demandada a devolver lo correspondiente con la nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés cuando no llegó nunca a percibir dichas cantidades”*.

La Sala declara que *“debe rechazarse la causa determinante de la sentencia, esto es una falta de información invalidante del consentimiento puesto que:*

- No son aplicables los preceptos en que funda para alcanzar dicha conclusión, en concreto los artículos 8.1 en relación con los artículos 5.1 y 7.a de la LCGC;

- La demandante conoció la cláusula de limitación de intereses pues el administrador de la mercantil vendedora lo conoció al menos, según manifestó, a la firma del contrato de préstamo hipotecario, siendo él mismo administrador de la compradora y esposo de la administradora que actuó en nombre de la recurrente;

- No es de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación pues el negocio en el que participó la demandante no fue la concesión de un préstamo sino una compraventa en la que no era obligatoria la subrogación en el préstamo;

- El vicio del consentimiento que determinó la estimación de la demanda en ningún caso puede tener efectos, pues el error debe recaer sobre los elementos fundamentales del contrato, no teniendo esta condición la cláusula sobre limitación de intereses;

- Que la cláusula sobre limitación de intereses era clara y de fácil comprensión máxime para quien se dedica profesionalmente a la promoción inmobiliaria;

- Que la cláusula suelo es un elemento esencial del contrato de préstamo en cuanto determina el precio del mismo y en consecuencia no puede considerarse una condición general de la contratación al faltar el carácter accesorio de las mismas”.

Conforme a la Audiencia, no se puede aplicar al presente caso la Ley 24/1988 de Mercados de Valores, de la que parte la sentencia de instancia al declarar la nulidad de la referida cláusula, puesto que se trata de pactos de cláusulas suelo en un préstamo hipotecario entre una entidad bancaria y su cliente. Asimismo, advierte que *“el ámbito de protección de quien en el ejercicio de su actividad empresarial, como la actora, concierta un préstamo hipotecario, no es tan extensa como la que merece el consumidor o la persona física en la concertación de estos contratos sobre viviendas en la regu-*

lación de los derechos de información y transparencia por parte de las entidades bancarias. Así ni es de aplicación la Ley 2/2009 de 3 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, conforme resulta de su artículo 1º, ni la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, ni por razones temporales la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que sustituye a la anterior. Son no obstante de aplicación las normas relativas a las condiciones generales de contratación pues así lo dispone el art. 2 Ley 7/1998, de 13 abril, si bien para este tipo de relaciones la LCGC prevé exclusivamente la aplicación de las normas de incorporación, ya que el control de contenido de las condiciones generales se rige, para los profesionales, exclusivamente por las reglas generales de la nulidad contractual, conforme resulta del art. 8.1 y 2 de dicha norma. Lo que en definitiva nos lleva, sin perjuicio de lo que después se dirá, a la aplicación de las reglas generales sobre contratación, lo que resulta de la equiparación del contenido del art. 8.1 de la LCGC y art. 6.1 del CC y a la aplicación de la normativa de condiciones generales sobre inclusión contenida en el art. 7 de la LCGC”.

A juicio de la Sala la conclusión de la sentencia de instancia ha de ser revocada pues declara la nulidad de una condición general de la contratación, en el ámbito de una relación entre profesionales, en virtud del desequilibrio económico de los límites suelo y techo de los intereses remuneratorios cuando la licitud de dichas cláusulas ha sido reiteradamente afirmada, con carácter general, por la normativa bancaria, sin establecer restricción alguna. Normativa bancaria que además establece como principio en esta materia la libertad de pactos, tal y como resulta del art. 1 OM 12 de diciembre de 1989, sobre Tipos de Interés y Comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito, vigente al momento de suscripción de los contratos objeto de este procedimiento y el art. 4 de la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios: “Los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación.”. Debiendo recordar al respecto que el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, establece que: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.” Y aunque la STJCE de 3 de junio de 2010, que resolvía una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, indicaba que no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo

4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, lo cierto es que la reciente STS de 9/5/2013 recuerda que: “195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones” -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.” Insistiendo posteriormente la referida sentencia, tras recordar la licitud de las cláusulas suelo en que: “No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-”.

Por lo expuesto anteriormente, la Sala revoca la sentencia recurrida en cuanto declaró la nulidad de las cláusulas suelo, contenidas en los contratos de préstamo existentes entre las partes.

I.R.S.

CONTRATOS BANCARIOS: SUSCRIPCIÓN DE PARTICIPACIONES PREFERENTES: NULIDAD: IMPROCEDENCIA: AUSENCIA DE ERROR EN EL CONSENTIMIENTO: ACTORA TITULAR DE DIVERSOS PRODUCTOS FINANCIEROS, INCLUYENDO ACCIONES, HABIENDO SUSCRITO 5 AÑOS ANTES DEL CONTRATO CUYA NULIDAD SE PRETENDE, PARTICIPACIONES PREFERENTES DE LA MISMA NATURALEZA: ACTORA DEBIDAMENTE INFORMADA DE LA NATURALEZA Y RIESGOS DEL PRODUCTO: INFORMACIÓN QUE LE PERMITÍA CLARAMENTE DISTINGUIR UN DEPÓSITO DE OTRO PRODUCTO COMO EL QUE SE LE OFRECÍA Y DEL QUE SE LE FACILITABAN UNAS

CARACTERÍSTICAS QUE NO SE CONCILIABAN CON EL DEPÓSITO: LA REPRESENTACIÓN EQUIVOCADA SOBRE EL RESULTADO DE LA OPERACIÓN, CON LA QUE LA ACTORA AFIRMÓ HABER CONTRATADO, NO DERIVA QUE FUERA RAZONABLEMENTE SEGURA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUADALAJARA. SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 2014.

La Audiencia estima el recurso de apelación presentado por el banco demandado en contra de la sentencia de instancia que declaró la nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes celebrado con la parte actora. La sentencia argumenta básicamente que la suscripción se realizó mediante el canje de preferentes serie I, por otras de serie II, siendo las preferentes serie I, suscritas por la actora y su marido fallecido, en fecha de 17 de diciembre del 2004, por importe de 70.000 euros. La Sala declara que quedó acreditado que la documentación contractual y precontractual está debidamente suscrita por la actora y su esposo, así como la experiencia inversora de ésta que además había suscrito diversos productos financieros, entre ellos depósitos crecientes, fondos de inversión, acciones de Bankia a lo largo de un periodo dilatado de tiempo, a lo que hay que añadir que no hubo exigencia de devolución del dinero, por haber sido engañado el cliente, durante toda la vigencia de preferentes serie I, desde 2004 a 2009, ni serie II, desde 2009, a abril del 2012, donde se obtuvieron rendimientos, a lo largo de esos 8 años que superaron los 22.000 euros y sí, por el contrario, a partir de julio del 2012 cuando dejaron de percibirse rendimientos.

I.R.S.

CONTRATOS BANCARIOS: CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS O SWAP: NULIDAD: DESESTIMACIÓN: AUSENCIA DE ERROR EN EL CONSENTIMIENTO: INFORMACIÓN SUFICIENTE DEL PRODUCTO CONTRATADO TANTO DEL COMERCIAL COMO DE SU PROPIA HIJA DIRECTORA DE LA SUCURSAL DONDE CONTRATÓ: SI HUBIERA

TENIDO DUDAS PODÍA ACLARARLAS A TRAVÉS DE UNA PERSONA CON LA QUE TENÍA UNA RELACIÓN TAN DIRECTA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUADALAJARA. SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 2014.

La mercantil actora solicita en la demanda la declaración de nulidad del contrato marco de operaciones financieras y del contrato de confirmación del swap celebrados entre las partes con restitución de las cantidades que recíprocamente se hubieran entregado en virtud del contrato de swap y durante su vigencia, más los intereses legales por existencia de error y dolo en el consentimiento así como infracción de los deberes que incumben a la entidad financiera demandada. La juzgadora de instancia dicta sentencia desestimatoria de la demanda por lo que la actora interpone el presente recurso de apelación.

Se debe mencionar que la hija del administrador de la entidad demandante era directora de la sucursal de la entidad financiera demandada donde se concertó la operación por lo que la Audiencia considera que *“resulta difícilmente creíble que ostentando la señora hija del demandante la condición de directora de la sucursal y precisamente por los conocimientos que le son exigibles- los productos financieros con los que comercia-, no advirtiera ni informara de las condiciones del pactado. Efectivamente el deber de información alcanza en el contrato litigioso a las características del mismo y a las consecuencias de su firma ante los distintos panoramas con tipos de interés al alza o a la baja. De lo que se ha de informar es de las consecuencias respecto del tipo de interés a satisfacer en atención al alza o baja del mismo. Lo que no resulta exigible es que se ilustre sobre la futura evolución de los tipos pues ello resulta desconocido incluso para los que conozcan en profundidad las características del producto. Por consiguiente el deber de información en los términos que resultan exigibles a la demandada entendemos que necesariamente hubo de ser también suministrado en exclusividad-, por la hija del administrador de la mercantil actora que atendida su privilegiada posición al respecto-directora de la sucursal en la que se suscribió la operación-, necesariamente y por ello mismo debía ser conocedora de los productos que ofrecía al comercio.*

A lo expuesto anteriormente, añade la Audiencia que *“el que deber de información que indudablemente pesa sobre la entidad financiera aparece modulado por las condiciones objetivas y subjetivas del demandante. Queremos decir con ello que para el hipotético supuesto de que se considerara que la información suministrada no fue suficiente, el error que habría padecido la mercantil actora en ningún caso determinaría la nulidad del contrato pues lo consideramos vencible tanto atendida la condición de quien demanda (administrador de una sociedad*

), como al hecho de que tenía a su alcance una información privilegiada (la que le podía proporcionar su propia hija como directora del establecimiento financiero donde contrató el actor), de suerte tal que si no evacuó la consulta pertinente o haciéndolo su hija no pudo asesorarle- para el supuesto que sostiene el apelante de que su hija ignoraba el funcionamiento del producto-, decíamos que si ello fuere así, únicamente al administrador de la sociedad resulta imputable al suscribir el documento en tales circunstancias”.

La Audiencia desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia, concluyendo que *“la condición de la hija tiene una relevancia trascendental para la resolución del recurso bien porque se concluya, como hace la juez, que informó al padre de las características de lo contratado con lo cual no cabe apreciar el error invocado en la demanda- conclusión con la que sustancialmente coincidimos-, bien, de estimarse que la información proporcionada por los comerciales de la empresa demandada no fue suficiente, porque se considere que el error no sería excusable pues el contratante dispuso de una posición privilegiada para informarse del producto a través de su hija”.*

I.R.S.

FILIACION: EFECTOS: APELLIDOS: ORDEN: LA PROGENITORA NO TIENE UN DERECHO DE DISPOSICIÓN NI SOBRE LOS APELLIDOS NI SOBRE SU ORDEN: CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO: APLICACIÓN DE LA LEGALIDAD; ALIMENTOS: OBLIGACIÓN QUE EXISTE DESDE EL MOMENTO DE SU NACIMIENTO Y DICHA OBLIGACIÓN DEBE DE FIJARSE DESDE EL MOMENTO DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Y NO DESDE LA NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL. AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUADALAJARA. SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2013.

La demandada apelante interpone recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia que reconoció la paternidad del actor con todos los efectos legales inherentes a la determinación de la

filiación y ordenando la modificación de los apellidos del menor. Los motivos del recurso se refieren a la inscripción de la filiación paterna en el Registro Civil con alteración de los apellidos, debiendo figurar primero el del padre y después el de la madre, el segundo la privación de la patria potestad rechazada por la Juzgadora, el tercero la ampliación de las vistas a los viernes, y último en torno a la interpretación del artículo 148 del CC esto es el momento del devengo de los alimentos.

En relación al orden de los apellidos señala la Audiencia que no se aprecia incongruencia en la sentencia apelada y tampoco perjuicio al menor de tan corta edad y argumenta que *“se trata de un tema de estricta legalidad siendo de pertinente aplicación al caso la norma general contenida en el art. 113.2 CF según el cual la filiación determina el orden de los apellidos, pudiendo los hijos, al llegar a la mayoría de edad, o a la emancipación, alterar el orden de los mismos. Y si tenemos en cuenta que no se estima que el cambio de sus apellidos pueda redundar en perjuicio del menor; si el art. 109 CC, establece que la filiación determina el orden de los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley, y en el mismo sentido el art. 53 y SS LRC; si también el RRC establece en su art. 194 que si la filiación está determinada por ambas líneas, el primer apellido será el del padre y el segundo, de la madre”*.

La Sala recuerda que de acuerdo con la AP Ciudad Real, Sección 1ª, S de 7 Feb. 2013 *“la progenitora no tiene un derecho de disposición ni sobre los apellidos ni sobre su orden; siendo una cuestión de orden público”*.

Por tanto, como el orden de los apellidos sólo se puede modificar por acuerdo de los progenitores, *de modo que si no existe tal acuerdo rige lo dispuesto ordenado en la Ley, y que, en fin, es sólo el hijo, cuando alcanza la mayoría de edad el que puede solicitar que se altere el orden de los apellidos (artículo 109 CC)* la sentencia de instancia es acertada.

En cuanto a la privación de la patria potestad, argumenta la Audiencia que *“es una cuestión que no puede plantearse en el procedimiento de filiación, cuyo único objeto es la determinación de la filiación biológica, sin que pueda pretenderse la privación de la patria potestad que todavía no ha sido reconocida, todo ello sin perjuicio de que pudiera solicitarse en un procedimiento posterior”*.

En relación al inicio de los días de vista establecido el viernes, la Audiencia argumenta que se debe tener en cuenta por un lado, *“que el principio dispositivo resulta muy relativizado en esta materia por expresa disposición del art.751 LECV, y, por otro, que entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los arts. 39.3 de la CE, 94 y 160 esencialmente del CC, que el derecho de visitas visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él,*

y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos”.

En el presente caso, considera el juzgador que no existe motivo alguno para discrepar del inicio de las vistas en la forma señalada por la sentencia apelada, que es el común y normalmente establecido, por lo que, al no existir causas para excepcionar el régimen general y fijar los sábados como día de inicio, procede la desestimación del motivo.

Por último, en relación al momento en que debe comenzar a cumplirse la obligación de contribuir al mantenimiento de la hija, teniendo en cuenta el artículo 148 CC, que establece que *la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*, la Audiencia declara que *“el derecho de alimentos existe desde el momento de su nacimiento y la obligación del pago de alimentos debe de fijarse desde el momento de la presentación de la demanda y no desde la notificación de la resolución judicial”.*

I.R.S.

PAGARE: ENDOSO: EXISTENCIA: MENCIÓN DE DICHO ENDOSO EN EL DORSO DEL TÍTULO, NO EXISTIENDO CLÁUSULA DE NO A LA ORDEN O EQUIVALENTE: TRANSMISIÓN DERIVADA DE CONTRATO DE AFIANZAMIENTO ENTRE LA ENTIDAD BANCARIA, ENDOSATARIA, Y EL AFIANZADO O ENDOSANTE: INEXISTENCIA DE CESIÓN DEL PAGARÉ O CONTRATO DE DESCUENTO BANCARIO; ACCIONES POR FALTA DE PAGO: PROCEDENCIA: ACCIÓN EJERCITADA POR ENDOSATARIO: TRANSMISIÓN DERIVADA DE CONTRATO DE AFIANZAMIENTO ENTRE LA ENTIDAD BANCARIA, ENDOSATARIA, Y EL AFIANZADO O ENDOSANTE: INEXISTENCIA DE CESIÓN DEL PAGARÉ O CONTRATO DE DESCUENTO

BANCARIO: INOPONIBILIDAD DEL PAGO DE LA DEUDA CAUSAL SUBYACENTE AL ENDOSATARIO: TENENCIA POR ESTE DEL PAGARÉ: FALTA DE ACREDITACIÓN DE LA EXISTENCIA DE DOLO O MALA FE EN LA TRANSMISIÓN DEL PAGARÉ: CONDICIÓN DE TERCERO CAMBIARIO: INOPONIBILIDAD DE LAS EXCEPCIONES DERIVADAS DE LA RELACIÓN CAUSAL SUBYACENTE QUE MOTIVÓ EL ENDOSO: INCLUSIÓN DE LOS GASTOS DE DEVOLUCIÓN, GASTOS DE GESTIÓN O PROTESTO Y GASTOS DE CORREO. AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO. SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2014.

La AP de Toledo confirma y ratifica la sentencia de primera instancia que desestimó la oposición de la ahora apelante al juicio cambiario. La parte apelante alega que el pagare objeto del procedimiento fue librado a favor de una sociedad que no lo transmitió a la ejecutante por endoso, sino por cesión en razón de un contrato de descuento bancario, por lo que el cesionario (demandante) no adquirió todos los derechos resultantes del pagare sino solo los derechos del cedente por lo que podía oponer al reclamante la excepción de pago de la deuda al cedente. También alega la parte apelante que el endoso no consta en el pagare, así como que el cedente pagó al cesionario porque se operó el cargo en la cuenta bancaria de aquel y esta se ha declarado vencida, por lo que la demandante debió devolver el pagare y el no hacerlo constituye incumplimiento contractual de la entidad bancaria.

La Audiencia señala que *“el contrato que regía entre aquel a cuyo favor se libró el pagare y la entidad reclamante no se designaba como contrato de descuento, sino de afianzamiento mercantil, y establecía su vigencia no solo para el caso de títulos cambiarios que negociase el afianzado por cesión, sino también para aquellos en que figurase como endosante”*. Por consiguiente, no se trata en el presente caso de *“una mera cesión ordinaria del pagare (art. 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque) sino un endoso del art. 16 de la misma Ley y con los requisitos de éste, constando en el dorso del título cambiario con la cláusula que así lo determina, y es claro que conforme al art. 17 transmitió todos los derechos resultantes del título cambiario, preceptos aplicables al pagare por el art. 96 de la citada Ley. El que, por virtud de un contrato ajeno al título el banco reclamante anticipara al endosante la cantidad a que este título respondía, no excluye la consideración de que el endoso como tal existe y se aprecia del tenor del*

título, otra cosa es lo que el endosatario quisiera abonar o cumplir con el endosante a cambio del endoso”

“El endoso implica la circulación del pagare en el marco cambiario y la oposición a su reclamación por quien lo emitió únicamente puede fundarse en las excepciones que prevé el art 67 de la Ley Cambiaria como derivadas de la relación cambiaria misma y las derivadas de las relaciones personales entre el deudor cambiario y el endosatario, pero solo cabe oponer a estas excepciones derivadas de la relación causal subyacente al libramiento (por negocios jurídicos ajenos al endosatario y vigentes entre firmante del pagare y endosante) cuando concurra la llamada exceptio doli, es decir, cuando pruebe, quien se opone en el juicio cambiario a la reclamación, que el que adquirió el pagare procedió en el momento del endoso a sabiendas del pago por el librador al endosante y en perjuicio de este deudor (arts. 20 y 67 de la Ley Cambiaria)”.

Por tanto, *“la excepción de pago (art 67,2 , 3º de la Ley Cambiaria) oponible al demandante solo era aquella que prosperaría por la prueba de la entrega del nominal del pagare al acreedor cambiario (endosatario en este caso) y para la extinción del crédito cambiario que documenta el título el nominal de este pagare, pero no es oponible el pago que se ha alegado realmente en este caso que no es aquel sino el hecho al acreedor en la relación causal subyacente y para la extinción de esta porque tal excepción no se integra en las previstas en el art 67,1 y no es oponible al endosatario al que el deudor no pago, siendo en este momento el tenedor del pagare lo que demuestra que no se efectuó el pago sobre el título cambiario sino el pago de la deuda causal subyacente”.*

En relación a los intereses y gastos, la Sala argumenta que lo que se pretende cobrar son *los gastos de presentación al cobro y los de la devolución que se producen igualmente para el acreedor, exista contrato bancario que le una al endosante o no.*

I.R.S.

**SUCESION HEREDITARIA: LEGÍTIMA:
DESHEREDACIÓN: IMPROCEDENCIA: FALTA DE
ACREDITACIÓN DE INJURIA GRAVE DE PALABRA:
VAGAS REFERENCIAS A MALOS TRATOS DE PALABRA,
SIN CONCRETAR EPISODIOS, HECHOS, FRASES O**

PALABRAS INJURIOSAS QUE LA HIJA PUDIERA HABER DICHO A SU PADRE: VALORACIÓN DE LA PRUEBA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO. SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2014.

Se recurre la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia que estimó plenamente la acción ejercitada por la demandante, sobre nulidad del testamento abierto otorgado por su padre ante notario, en el que desheredó injustamente a la demandante, por lo que dejaba nula y sin efecto la cláusula testamentaria que así lo recogía, anulando la institución de heredero bajo condición, con sustitución vulgar y acrecimiento a la demandada, en cuanto perjudicaba la legítima de la demandante. La sentencia reconoce a la demandante el derecho a percibir la legítima con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario y a intervenir como tal heredero en las operaciones de partición que hayan de practicarse respecto de dicha herencia. La demandada, ahora apelante, alega básicamente error valorativo del Juez a quo respecto de la prueba practicada.

La cuestión fundamental del presente recurso se centra exclusivamente –conforme señala la AP Toledo– en la determinación de si está o no suficientemente acreditada la causa de desheredación de la demandante, efectuada por su padre, en su testamento abierto notarial y en el que dispuso expresamente que *“desheredaba a su hija por la causa 2ª del art. 853 del Código Civil, en el que se dispone que “... es justa causa de desheredación de los hijos y descendientes el haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al padre o ascendiente”, siendo éste último (la injuria grave, la que se entiende como concurrente), siendo igualmente necesario reseñar que el art. 850, CC., establece que “... la prueba de ser cierta la causa de desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare”, lo que viene a constituir una norma especial de distribución de la carga de la prueba perfectamente compatible con lo dispuesto en el artículo 217.5, LEC; así como que, añade el art. 851, CC. Que “... la desheredación hecha por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima”.*

Las manifestaciones de la apelante, que *“... la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por su hija, en relación con los problemas del padre etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a*

la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia”; y lo que supone no pueden alegarse para validar jurídicamente una desheredación”.

La Audiencia acoge los argumentos de la sentencia apelada que *declara probadas las malas relaciones existentes entre el causante y su primera mujer, madre de la demandante (de la que estaba divorciado y a la que no se menciona en el testamento); así como las igualmente las malas, por inexistentes, entre el padre y su hija-demandante; al tiempo que declara taxativamente probado que “... no se ha probado la existencia de injuria grave de palabra”, lo que razona aseverando que los testigos de la demandada, “... salvo vagas referencias a malos tratos de palabra, no concretaron episodios, hechos, frases o palabras injuriosas” que la hija pudiera haber dicho a su padre; por lo que declara improbadamente el hecho en que se asienta la causa de desheredación, cuya nulidad declara, con los efectos arriba reseñados.*

Por último, cabe destacar la referencia que la Audiencia hace, para desestimar el recurso, a la SAP. Palencia (28.4.2005), conforme a la cual *“... se llegaría al peligroso resultado de admitir la desheredación de los hijos por ese simple distanciamiento en situaciones de crisis matrimoniales, disponiendo el padre o madre de un instrumento de presión sobre los hijos para ganarse su apoyo cual sería la amenaza de la desheredación. De ahí la importancia de atenernos al tenor literal del precepto, que exige un maltrato de obra, concretado además en hechos, o una injuria grave de palabra, sin interpretaciones extensivas o analógicas”.*

I.R.S.

SEPULTURAS: EXHUMACIÓN DE CENIZAS DEL HIJO Y ENTREGA A LA MADRE: PROCEDENCIA: DESEO DE QUE REPOSEN JUNTOS LOS RESTOS MORTALES DE SUS DOS HIJOS FALLECIDOS DE FORMA DRAMÁTICA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO. SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 2014.

La parte actora solicita en la demanda que se condene a los demandados a permitir la apertura de la sepultura y se proceda a la ex-

humación de las cenizas de su hijo, siendo entregadas a la madre y demandante en este procedimiento, dejando los restos y urnas correspondientes a otros difuntos que se hallen en dicha sepultura, en el mismo estado en el que se encontraban. Igualmente solicita que se condene a los mismos al pago de 406 € en concepto de daños y perjuicios, y en 8.224,68 € en concepto de daños morales, así como al pago de las costas del procedimiento por su manifiesta temeridad y mala fe. La sentencia apelada desestimó la demanda al considerar acreditado que fue la demandante quien no se interesó por las cenizas de su hijo hasta 6 años después de su fallecimiento y que en vida el hijo quiso vivir con el padre lo que determinó que en el procedimiento de separación de los padres, el Juez otorgara la guarda y custodia de dicho menor al padre.

La Audiencia discrepa de tales argumentos para denegar la exhumación de las cenizas y señala que *“no es cuestión de aplicar la doctrina de los actos propios, ni presuponer la voluntad de personas fallecidas. La petición de la demandante, como madre del menor, y que en su día ostentó sobre el mismo la patria potestad (de la que nunca fue privada) es perfectamente respetable, con independencia de los avatares que hayan sucedido en momentos anteriores, pues debe tenerse en cuenta que la relación entre los padres fue sumamente difícil a raíz de la separación, hasta el punto de tener que dictarse una orden de alejamiento contra el marido, ante las amenazas recibidas por la madre”*.

Por tanto, concluye que *“sin entrar a valorar las pésimas relaciones que existieron entre los cónyuges, lo cierto es habiendo fallecido el progenitor custodio posteriormente a la muerte del hijo, es obvio que correspondería la custodia de los restos de dicho menor a la madre. Por otra parte, la petición de la madre no es ilógica. Su deseo es que reposen juntos los restos mortales de sus dos hijos, fallecidos de forma dramática. Y lo cierto y verdad es que la madre ha demostrado, a lo largo de estos años, su voluntad y deseo de recuperar dichos restos mortales a tales fines. Tampoco pasa desapercibido para este Tribunal, el hecho de que en un principio la familia paterna no se opusiera a tales deseos, si bien, posteriormente, denegó su consentimiento”*.

La Audiencia estima el recurso en relación a la pretensión de exhumación pero en cuanto a los daños y perjuicios y daños morales, la Sala entiende que ambas familias han sufrido la presente situación, sin que se estime que ese daño sea evaluable para las dos partes.

I.R.S.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE INMISIONES ILICITAS: RUIDOS: ESTIMACION: ACREDITADO QUE EL RUIDO EMITIDO POR EL LOCAL DE COPAS SITUADO BAJO EL DOMICILIO DE LA ACTORA, ALTERA GRAVEMENTE LA TRANQUILIDAD DE LOS MORADORES DEL PISO DE LA DEMANDANTE: PRUEBAS PERICIALES: OBLIGACIÓN DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS NECESARIAS PARA LA INSONORIZACIÓN DEL LOCAL; INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES: 2.500 EUROS. AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO. SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2013.

Ambas partes del presente pleito recurren la sentencia que estimó parcialmente la demanda por inmisión de ruidos nocivos para la salud, emitido por el bar de copas propiedad del demandado condenando a este a la insonorización del local y a una indemnización por daños y perjuicios, sin condena en costas.

La audiencia rechaza las alegaciones del recurrente demandado en cuanto no desmintieron las conclusiones a las que ha llegado el juez a quo, porque son conclusiones derivadas de pruebas periciales, certificaciones acústicas de una ingeniera en sonido y la practicada en el proceso por el Ayuntamiento de Gerindote, y como tales, se aprecian según las reglas de la sana crítica, que no son sino la lógica y la razón, y cuando las conclusiones del juez a quo coinciden con las pericias practicadas no podemos apreciar error en la valoración de la prueba.

En relación a la indemnización por los daños morales reclamada por los actores, también apelantes, la Sala argumenta que ha quedado acreditado que *“desde diciembre de 2007 hasta la fecha del juicio (Enero 2008), esto es, trece meses, se han producido ruidos constantemente a diferentes horas del día y en diferentes días, que han perturbado el normal desarrollo de la vida de los demandantes”*.

La parte demandada que tenía conocimiento previo de las molestias y perturbaciones, pidió la integral desestimación de dicho pedimento, y sabiendo de la dificultad de cuantificar el daño moral, a la Sala le parece poco la cantidad fijada en sentencia, porque, siguiendo el criterio de otras resoluciones (Valencia 29 Noviembre 2007 y 14 Diciembre 2012, Madrid 24 Abril 2012, Huelva 30 Mayo 2012, Sevilla 21 Noviembre 2011, etc.) la intromisión ilegítima por ruidos que alteran la normal convivencia familiar, vienen indemnizándose con

cantidades que rondan los 2.500 euros anuales, cantidad esta que estimamos más acorde al perjuicio sufrido, y más, teniendo en cuenta que los ruidos provienen de un negocio lucrativo por el demandado y su indiferencia a la hora de moderarlas o evitarlas conociendo el padecimiento de los actores.

En relación a las costas, la Audiencia señala que *“la estimación de la demanda ha sido sustancial y es reiterada la doctrina jurisprudencial que considera que en este caso deben imponerse las costas a la parte demandada. Podemos citar al respecto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2003 , citada en nuestras anteriores Sentencias número 366 de 8 de julio de 2005 y núm. 369 de 23 de julio de 2007 , en la que se recordaba que “Esta Sala tiene declarado en numerosas sentencias, de ociosa cita, que para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho, lo que, por lo antes explicado, determina el perezimiento de este apartado”.*

Por tanto, la Sala desestima el recurso de apelación que ha sido interpuesto por el demandado y estimó parcialmente el recurso presentado por la parte actora.

**RESEÑA NORMATIVA DE
CASTILLA-LA MANCHA**

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA

(De 1 de enero de 2015 a 15 de octubre de 2015)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

I. Enumeración, por orden cronológico, de las diversas leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha entre el 1 de enero y el 15 de octubre de 2015. II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas.

RESUMEN

Esta crónica hace referencia a la actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha desde el 1 de enero al 15 de octubre de 2015.

PALABRAS CLAVE

Cortes, región y actividad legislativa.

ABSTRACT

This article refers to the legislative activity that the Regional Parliament of Castilla-La Mancha, from January 1 to October 15 of 2015.

KEY WORDS

Parlament, Autonomus Region and legislative activity.

I. ENUMERACIÓN, POR ORDEN CRONOLÓGICO, DE LAS DIVERSAS LEYES APROBADAS POR LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA ENTRE EL 1 DE ENERO Y EL 15 DE OCTUBRE DE 2015.

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 6 leyes, un número bastante inferior al de otros periodos, ya que por ejemplo durante el año 2010 se aprobaron un total de 18 leyes.

Sin embargo parece que se modifica la tónica seguida durante los últimos años, si bien la situación económica no se descuida, sí parece que el enfoque que trata de darse a la legislación no se centra tan abiertamente en el aspecto económico.

Concretamente las leyes aprobadas han sido las siguientes:

-Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha

-Ley 2/2015, de 19 de febrero, por la que se modifica la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha

-Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Caza de Castilla-La Mancha

-Ley 4/2015, de 26 de marzo, por la que se crea el Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha

-Ley 5/2015, de 26 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha

-Ley 6/2015, de 30 de julio, de modificación de la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha.

II. RESUMEN DE CADA UNA DE LAS LEYES APROBADAS

-Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 36(23-02-2015)

El principal objetivo de esta ley es aunar en una única norma todo lo relativo a mediación, entendida ésta como un mecanismo extrajudicial para la resolución de conflictos.

La labor del mediador se entiende como esencial, pues será el que tratará de acercar las posturas de las partes en conflicto, siempre de manera neutral y ofreciendo un servicio, no sólo a nivel familiar, sino también social.

La ley se compone de 40 artículos a lo largo de los cuales se regula el Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha. Este servicio trasciende del ámbito familiar, que se considera el objetivo habitual del mecanismo de la mediación, y se incluyen otros del ámbito social. Además de los problemas propios del entorno familiar, como son la ruptura de pareja, la relación de los menores con sus padres, la obligación de alimentos entre parientes, o los conflictos que puedan surgir en situaciones de adopción o acogida, también se prevé la mediación para otros asuntos dentro de la comunidad escolar, en el ámbito sanitario, ente la víctima y el menor infractor, etc.

También se establecen los principios por los que debe regirse la mediación tales como la voluntariedad del sometimiento a la misma, la igualdad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad del proceso, etc. Así como los derechos y obligaciones tanto del mediador como de las partes implicadas.

Asimismo se establecen las normas de procedimiento para llevar a cabo la mediación: inicio del procedimiento, elección del mediador, duración del procedimiento, etc.

-Ley 2/2015, de 19 de febrero, por la que se modifica la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 40 (27-02-2015)

La propia exposición de motivos establece los principales objetivos de la ley: reforzar los incentivos para favorecer la permanencia de las farmacias en el medio rural, mejorar la planificación farmacéutica, fomentar la política de uso racional de medicamentos y adaptar la normativa regional a los cambios de diversas normas de ámbito estatal.

Se introducen reformas respecto a la planificación de las farmacias, con la finalidad de favorecer el establecimiento de las nuevas, y la sostenibilidad de la ya existentes, principalmente en el ámbito rural.

También se amplían las funciones de la farmacia para conseguir una mejor integración en el sistema de salud y dar una mejor respuesta a lo demandado por los pacientes.

-Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Caza de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 49 (12-03-2015)

Se trata de una ley amplia, que consta de 87 artículos, además de las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales.

Comienza la ley reconociendo la importancia de la caza, por ser una actividad muy practicada en la región y por su incidencia en diversos ámbitos como el económico o el social. Ello supone que debe regularse de manera adecuada, y para ello se pone el punto de mira en determinados aspectos relevantes:

- Se incorporan los Planes de Conservación del Patrimonio Genético, especialmente pensado para las especies más sensibles

- Las especies de caza y sus hábitats, en lo que respecta a los daños que dichas especies puedan ocasionar en el lugar donde están

- Especial atención a las especies autóctonas

- Regulación de la documentación necesaria, así como dispositivos para el traslado de las piezas muertas

- Especial atención a aspectos sanitarios relacionados con la salud pública

- Regulación de los requisitos para ejercer la actividad, así como los medios para llevarla a cabo, especialmente respecto a los tipos de armas

-Impulso de las sociedades y clubes de cazadores

-Para la promoción de la actividad cinegética se crea la Marca de Calidad “Caza Natural de Castilla-La Mancha”

-Se estipulan los distintos tipos de terrenos para llevar a cabo la actividad

-Creación de la figura de cuarteles comerciales de caza, integrados en cotos de caza. Estos cuarteles pueden ocupar parte o la totalidad del coto, y consistirán en aquellos terrenos en los que se realiza la suelta de ejemplares para aumentar la capacidad cinegética de ese territorio

-Promoción de la libertad de pactos para la obtención de derechos cinegéticos...

-Ley 4/2015, de 26 de marzo, por la que se crea el Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 67 (08/04/2015)

Con la intención de fomentar la agricultura, ganadería, las industrias afines a las mismas, así como la investigación y el desarrollo se elabora esta ley, y se crea el Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha.

Se trata de un organismo autónomo cuyos objetivos se centran en potenciar la investigación, desarrollo, innovación, formación, modernización y transferencia de conocimientos y resultados de la investigación, dirigidos a los sectores agrícola, ganadero, forestal, medioambiental, cinegético, de la acuicultura y de la pesca fluvial, así como de sus industrias de transformación y comercialización, mediante el impulso del desarrollo tecnológico y la dinamización de iniciativas que comporten nuevas orientaciones productivas o la adecuación al mercado y sus exigencias de calidad y competitividad.

Dicho instituto, para conseguir los objetivos propuestos, contará con diversas facultades como la posibilidad de realizar contratos, prestar servicios, contraer y conceder préstamos, contratar estudios, suscribir convenios con las Administraciones Públicas, así como con empresas públicas y privadas, solicitar subvenciones, elaborar y proponer planes de investigación, etc.

-Ley 5/2015, de 26 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 67 (08/04/2015)

También se trata de una ley amplia formada por 132 artículos y diversas disposiciones. Los beneficios del deporte son indiscutibles, y por ello existen diversas normativas al respecto entre las que cabe destacar el Libro Blanco sobre el Deporte que sin duda marca un cambio y un importante avance en la materia.

Sin embargo la evolución social y las nuevas necesidades hacen necesaria una revisión de la regulación existente, esencialmente el deporte ha dejado de ser visto como un medio para competir, y ha empezado a concebirse como un medio para conseguir bienestar y salud. Del mismo modo se considera necesaria una regulación que ponga en valor la investigación en la materia y se preocupe por la formación y cualificación de los profesionales que la ejercen.

Por tanto, el objetivo de la presente ley, además de unificar toda la regulación existente en torno al deporte , pretende establecer el régimen jurídico de la actividad física y el deporte en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, dentro del marco de competencias que le atribuye su Estatuto de Autonomía, con la finalidad de promover su conocimiento y práctica entre la población, dentro de unas condiciones óptimas de seguridad, sostenibilidad y garantía de acceso y de la coordinación y convivencia entre todos los agentes implicados.

-Ley 6/2015, de 30 de julio, de modificación de la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 149 (31-07-2015)

En este caso nos encontramos ante una ley breve. Consta de un único artículo que modifica el artículo 4 de la ley 3/2000 a través de la que se crea el Ente Radio-Televisión de Castilla-La Mancha.

La modificación operada a través de esta ley lo que pretende es acomodar la normativa autonómica a la estatal, en cuanto al régimen de elección de los miembros del Consejo de Administración.

A partir de la reforma, si los candidatos no obtienen la mayoría cualificada de dos tercios se prevé que puedan ser elegidos por mayoría absoluta en una segunda votación.

También se incorpora como modificación, que pueda transcurrir un plazo prudencial sin que el Consejo de Administración emita su parecer sobre informes o propuestas remitidas por el Consejo de Gobierno, dándose por cumplido el trámite por la falta de respuesta.

