

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 245 | Junio 2021

ISSN: 2697-1631

Coronavirus y derecho del seguro

Vicente Magro Servet

Responsabilidad por productos en un escenario internacional

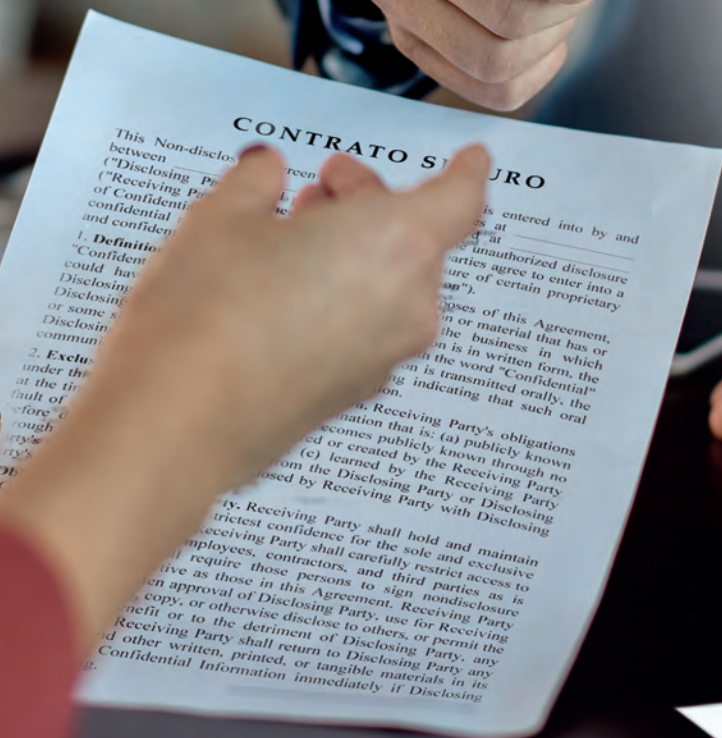
Isabel Lorente Martínez

La nueva regulación de la figura del convenio

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

Régimen sancionador y estado de alarma

Juan José González López



Tu currículum no dice que

DESPUÉS DEL TRABAJO SEGUÍAS TRABAJANDO EN TU FUTURO.

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA

Revista CEFLegal

Núm. 245 | Junio 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Francisco Javier Arias Varona. Profesor titular de Derecho Mercantil. URJC

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

María Isabel Candelario Macías. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Íciar Cordero Cutillas. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Jaume I

Fernando Díez Estella. Profesor titular acreditado de Derecho Mercantil. Universidad Villanueva

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Paula Fernández Ramallo. Abogada en Eric & Fernández Abogados de La Coruña

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Susana García Couso. Letrada del Tribunal Constitucional y profesora de Derecho Constitucional. URJC

Íñigo del Guayo Castiella. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería

Ximena Lazo Vitoria. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo y letrado del Tribunal Constitucional

Eva María Menéndez Sebastián. Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Vicente Moret Millás. Letrado de las Cortes Generales y Of counsel en Andersen Tax & Legal

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

Antonio Serrano Acitores. CEO de Spartanhack, abogado y doctor en Derecho

Camino Vidal Fueyo. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Burgos y letrada del TC

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 € en papel / 90 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239



Imprime

Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

¿Cómo ha afectado el coronavirus al derecho del seguro? 5-24

How has the coronavirus affected insurance law?

Vicente Magro Servet

La responsabilidad por daños derivados de los productos en los casos internacionales. Ley aplicable y perspectiva del Tribunal Supremo español 25-44

Liability for damages arising from the products in international cases. Applicable law and perspective of the Spanish Supreme Court

Isabel Lorente Martínez

Autorización para la difusión de una imagen privada (Comentario a la STS de 20 de abril de 2021) 45-49

Casto Páramo de Santiago

Incompatibilidad de la custodia compartida con actos de violencia de género (Comentario a la STS de 29 de marzo de 2021) 50-56

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

Bienvenida sea la nueva regulación de la figura del convenio. Una pequeña reflexión sobre la dimensión institucional de la misma con especial referencia al régimen jurídico de la causa de resolución unilateral como ejemplo de su especial naturaleza jurídica 57-84

Welcome the new regulation of the public agreement. A small reflection on the institutional dimension thereof with a special reference to the cause for unilateral termination legal regime as an example of its special legal nature

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

Régimen sancionador y estado de alarma	85-114
<i>Sanctions regime and state of alarm</i>	
Juan José González López	

Casos prácticos

Civil

Seguro de defensa jurídica: cláusula lesiva	115-122
Adelaida Medrano Aranguren	
Responsabilidad de abogado y pérdida de oportunidad	123-131
José Ignacio Atienza López	

Administrativo

Responsabilidad del Estado legislador por inconstitucionalidad posterior de una norma legal	132-158
Julio Galán Cáceres	

Normas de publicación	159-160
-----------------------	---------

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>



¿Cómo ha afectado el coronavirus al derecho del seguro?

Vicente Magro Served

Magistrado. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

<https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Extracto

Análisis acerca de cómo ha afectado la pandemia mundial del coronavirus al sector del seguro y las incidencias que pueden darse en determinadas pólizas de seguro, acerca de si se admite la cobertura de la póliza o las entidades aseguradoras pueden rechazar esta cobertura.

Palabras clave: coronavirus; contrato de seguro; cobertura.

Fecha de entrada: 06-01-2021 / Fecha de aceptación: 10-02-2021

Cómo citar: Magro Served, V. (2021). ¿Cómo ha afectado el coronavirus al derecho del seguro? *Revista CEFLegal*, 245, 5-24.



How has the coronavirus affected insurance law?

Vicente Magro Servet

Abstract

Analysis about how the global coronavirus pandemic has affected the insurance sector and the incidents that may occur in certain insurance policies, about whether the coverage of the policy is admitted or the insurance companies may reject this coverage.

Keywords: coronavirus; insurance contract; coverage.

Citation: Magro Servet, V. (2021). ¿Cómo ha afectado el coronavirus al derecho del seguro? *Revista CEFLegal*, 245, 5-24.





Sumario

1. Introducción
2. La afectación del virus a los locales de negocio y su cobertura por el seguro
3. La póliza de *bussines interruption* y el debate ante si es el virus un daño material
4. Los distintos tipos de seguro contra interrupción de los negocios
5. El riesgo de la emergencia sanitaria y las consecuencias al seguro
6. ¿Cabría admitir una cláusula de exclusión de cobertura por siniestro o daños causados a tercero por la covid?



1. Introducción

Si ha habido un debate relevante durante los últimos meses en el contexto mundial y nacional ha sido el relativo a las relaciones entre el coronavirus y el sector del derecho del seguro.

Resulta evidente que habrá un antes y un después tras la pandemia del coronavirus, sobre todo en lo que afecta al derecho del seguro, porque era absolutamente impensable, e imprevisible, que un virus y el contagio que ha producido determinara la cantidad de problemas que se han producido con una crisis sanitaria y económica realmente impensable cuando la OMS ya adelantó, en febrero del pasado año 2020, que la situación se estaba complicando. Porque cuando a comienzos de 2020 los distintos Estados empezaron a adoptar medidas restrictivas de movilidad afectantes a la economía, no se sabía la duración de una situación que nos tiene todavía cogidos y sobrecogidos, hasta ver a dónde nos lleva la medida de la vacunación a lo largo de todo el 2021.

Por todo ello, las distintas Administraciones de todos los países han ido valorando la confrontación entre la protección de la salud y la protección de la economía, con la circunstancia de que si se protegía a la primera se desprotegía a la segunda, y esto ha sido una cuestión de debate largo y duradero sobre el que existen muchas posiciones interpretaciones, bajo el alegato que se puede morir por coronavirus, pero también se puede desfallecer por el decrecimiento de la economía.

Se trata de dos sistemas absolutamente contradictorios, por cuanto si se protegía a la salud con medidas restrictivas del movimiento, se sancionaba directamente a la economía por la imposibilidad de que esta resurja ante las restricciones y prohibiciones de movilidad de los ciudadanos.

Sin embargo, se han intentado posturas intermedias para evitar que la economía de los países entre en una crisis irreversible, pero ante esto los ojos han estado puestos en si esta situación estaba siendo objeto de protección por el sector asegurador, y, en consecuencia, si este podía y debía indemnizar a los perjudicados cuando se desprotegía la economía para proteger a la salud.

Por todo ello, en tanto en cuanto las medidas restrictivas han causado daños y perjuicios en los ciudadanos, surge el debate si en los casos en los que exista póliza de seguro que esté relacionada con el objeto de los daños causados, si puede reclamarse la indemnización a la aseguradora en razón a la posible cobertura sobre esos daños.

Veamos las distintas cuestiones que pueden surgir en este debate sobre el posible aseguramiento de «los efectos de la covid».

2. La afectación del virus a los locales de negocio y su cobertura por el seguro

En este escenario, es evidente que si hay un tema recurrente en la actualidad en materia relacionada entre derecho del seguro y covid-19 es la cuestión relativa a los daños y perjuicios que han sufrido los locales de negocio desde que el pasado 15 de marzo de 2020 se acordó el cierre de todos los establecimientos, salvo aquellos de primera necesidad, en virtud de la declaración del estado de alarma.

No obstante, aunque el 21 de junio de 2020 se alzó el confinamiento y se permitió la apertura de locales, ello lo fue mediante un proceso acompasado, que establecía una serie de requisitos para esa apertura, con limitaciones en su interior, y con medidas de control y seguridad en el exterior de los locales, todo lo cual ha producido una evidente merma de ingresos en los establecimientos comerciales, que todavía se sigue prolongando en virtud de medidas complementarias posteriores que se han impuesto, tales como el cierre de locales en algunas localidades a determinadas horas, o el denominado *toque de queda*, que impide que en horas nocturnas los locales también puedan estar abiertos.

El escenario antes de esta tragedia era absolutamente impensable, y nunca se pudo prever que una situación como la presente provocase unas pérdidas concretas tan enormes en los negocios que viven de su apertura, y de unos horarios que les habían permitido, hasta la fecha, los beneficios que se fijaban en sus libros contables, pero que ahora se han visto disminuidos desde el pasado 15 de marzo, con unas pérdidas importantes en todo el mundo. Y nótese que muchos de los locales vivían al límite, con muchos esfuerzos para mantenerse abiertos y a sus empleados trabajando, por lo que este golpe del virus ha producido que muchos de ellos hayan tenido que cerrar ante la imposibilidad de subsistir con las restricciones.

Los problemas que ha habido han sido muy duros, entre ellos la polémica surgida acerca del impago de las rentas de estos locales y si podría aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus* ante la alteración de las circunstancias que existían cuando se firmó el contrato, llegándose, en muchos casos, a una notable reducción de la renta a pagar por el arrendatario, en virtud del cierre por tres meses por orden de la Administración del Estado (RD 463/2020), y, luego, por las limitaciones de apertura, corriendo el riesgo los arrendadores que no aceptaron la quita de que se les reconozca a los arrendatarios judicialmente la suspensión del contrato, en virtud de la alteración de las bases del negocio, al no reconocerse en el contrato la situación de la pandemia como riesgo asumido por el arrendatario.

Incluso, en muchos casos esta situación ha provocado que los arrendadores hayan pactado novar los contratos condonando las rentas, pero introduciendo *cláusulas covid-19* para el supuesto de que en el futuro se produzcan estas situaciones, y les permita a las partes de un contrato tener hecha ya la previsión de cómo quedarían para las partes del contrato la asunción de derechos y obligaciones si se toman medidas por la Administración ante una pandemia.

Pues bien, esta modificación de los contratos provocado por la covid-19 ha afectado a todo tipo de contratos, y también al derecho del seguro, a fin de clarificar cuáles son las consecuencias económicas de una pandemia desde que en el mes de marzo la OMS declaró como tal la situación grave, que ya se estaba produciendo en todo el mundo. Declaró, en realidad, y por consecuencia, la existencia de *un nuevo riesgo*.

La cuestión que nos ocupa y preocupa, entonces, es si estas pérdidas que han venido teniendo los establecimientos comerciales por consecuencia de las medidas que las diferentes Administraciones de los Estados han adoptado para evitar los contagios podrían estar cubiertas por la denominada *póliza de pérdida de beneficios por interrupción en los negocios*, y si el virus que ha provocado las medidas administrativas de limitaciones de apertura y sus condiciones de horarios puede suponer un daño material que sea objeto de cobertura.

La situación no es clara, aunque sean muchos los que apuesten por que la pandemia no es directamente un daño material y podría ser objeto de exclusión, aunque la cuestión se ha venido enfocando de una forma contundente en algunos países a favor del derecho indemnizatorio de los locales, ya que en Estados Unidos y Reino Unido la respuesta que se ha dado en este tema es de cobertura absoluta por los daños y perjuicios causados, en cuanto al lucro cesante que ha provocado esta imprevisible situación para los locales que tuvieran esta póliza si en la misma no constaba la exclusión expresa de cobertura en caso de pandemia.

3. La póliza de *bussines interruption* y el debate ante si es el virus un daño material

A) Objeto básico

A raíz de las medidas que la Administración ha venido adoptando en cada país y que afectan a los locales por la restricción de movimientos, nos encontramos con tres premisas básicas, a saber:

- a) La restricción de movimientos a los ciudadanos causa un daño a los locales.
- b) Menos movimiento = Menos consumo.
- c) Menos consumo = Menos ingresos.

En estos casos pueden existir daños directos provocados por el virus, como el fallecimiento, en las pólizas de vida. Daño directo.

Pueden existir daños indirectos, como el cierre de los negocios provocados por el Real Decreto 463/2020 o las posteriores restricciones de cabida de locales y horarios de apertura.

En este último caso no les afecta el directo, pero puede existir daño indirecto.

Sobre este tema resulta interesante acceder a la claridad expositiva que ofrece Aon Empower Results, en cuanto se hace una serie de preguntas y respuestas sobre este tema, a saber:

a) ¿Qué es una cobertura por interrupción de negocio?

Cubre la pérdida de ingresos sufrida por una empresa, dado un daño directo a sus instalaciones por un peligro asegurable.

El objetivo principal de la cobertura por interrupción de negocio es restablecer las operaciones del negocio a lo que eran antes del evento catastrófico, y está diseñada para colocar a una empresa en la misma posición financiera en la que habría estado si no hubiera ocurrido el siniestro.

Este tipo de cobertura no se trata de una póliza independiente, sino que es más bien un endoso que se puede agregar a la póliza de seguro de propiedad que cubre a la empresa.

b) ¿Quién deben tener una cobertura de seguro por interrupción de negocio?

Todo negocio, sea grande o pequeño, debe tener un seguro para interrupción de negocio que cubra la pérdida de ingreso en adición a los gastos operacionales del negocio, incluyendo la nómina. El seguro podría cubrir incluso los gastos adicionales incurridos por el dueño para ser su negocio operativo.

c) ¿Cuándo se activa la cobertura?

La cobertura por interrupción de negocio se activa cuando ocurre el daño.

d) ¿Qué gastos cubre?

La cobertura por interrupción de negocio envuelve dos tipos de gastos: primero, el ingreso comercial, los gastos operacionales del negocio y la nómina; y segundo, los gastos extra en los que incurre el comercio relacionados con mantener la operación luego del infortunio. En general, cubre los gastos necesarios para mantener las operaciones del negocio a flote y que este vuelva al nivel de operación previo al desastre.

Pues bien, para analizar este tema debemos destacar una máxima como es la relativa a que los daños causados por el coronavirus se cubren en la distinta póliza si el riesgo está cubierto, salvo exclusión por pandemia ex artículo 3 de la Ley de contrato de seguro (LCS), bajo la tesis de que *Todo cubierto en casos del riesgo definido... menos.*

B) El virus no supone la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

En este tipo de contratos se ha hecho la pregunta acerca de si ¿es el virus una alteración de las bases del negocio o una circunstancia de fuerza mayor? ¿Se puede aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*?

La conclusión es clara, por cuanto no puede aplicarse en la cobertura de seguros. Sí en los contratos, por ejemplo, de arrendamiento de locales. Pero en seguros no se puede aplicar. Si hay definición del riesgo y no hay exclusión, se cubre el siniestro. Se ha producido el evento que es objeto de cobertura, el daño, y si se quiere excluir debería estar previsto y excluido expresamente la pandemia.

Además, la agravación del riesgo por el virus no hace aplicable los artículos 11 y 12 de la LCS. Este es un concepto relacionado por una actuación personal del asegurado o acaecimiento concreto que agrava el riesgo. Pero la pandemia es una manifestación global, no particular

Por otro lado, la covid-19 es un hecho externo al asegurado. Tampoco le afecta el artículo 10 de la LCS.

C) ¿Qué se quería cubrir en cuanto al riesgo? ¿El daño por pérdida de beneficios y su directa causación por un daño material?

De recogerse que se cubre la pérdida de beneficios producido por *un daño material*, evidentemente que el virus, como tal, no es un daño físico y material, sino una exposición de una pandemia que causa un daño, pero la clave es si la causación del daño proviene de un daño material, es decir, el origen del daño, que es la clave, porque entonces se relacionan dos conceptos, a saber:

- a) ¿Qué se cubre en la póliza?
- b) ¿Cuál es la causa del daño para que pueda cubrirse?

Por ello, si se hace constar el origen del daño material, la garantía de pérdida de beneficios solo se activa tras la ocurrencia de un daño material garantizado bajo el contrato. Por ello, en estos casos habrá que analizar las condiciones concretas de cada póliza para poder dar una respuesta.

Y conforme a la gestión de riesgos, la definición de daño material es la de «deterioro o destrucción de la cosa asegurada», con lo que no parece lógico pensar que el coronavirus por sí solo pueda tener la consideración de daño material a los efectos de la póliza, por lo que tampoco procedería la activación de la cobertura de pérdida de beneficios.

Hay que destacar en este caso que el seguro de pérdida de beneficios por interrupción de una empresa se define legalmente como aquel por el que su titular puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando quede paralizada, total o parcialmente, como consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato (art. 66 LCS).

Vemos, entonces, que en la redacción del texto de la Ley de contrato de seguro se expone que:

Artículo 63

Por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato.

Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza.

Artículo 64

Cuando el tomador del seguro o el asegurado realicen, respecto a un determinado objeto, un contrato de seguro de lucro cesante con un asegurador y otro de seguro de daños con otro asegurador distinto, deberán comunicar sin demora alguna, a cada uno de los aseguradores, la existencia del otro seguro. En la comunicación se indicará no solo la denominación social del asegurador con el que se ha contratado el otro seguro, sino también la suma asegurada y demás elementos esenciales. La inexistencia de esta comunicación producirá, en su caso, los efectos previstos en la sección segunda del título primero de la presente Ley.

Artículo 65

En defecto de pacto expreso, el asegurador deberá indemnizar:

- 1.º La pérdida de beneficios que produzca el siniestro durante el período previsto en la póliza.
- 2.º Los gastos generales que continúan gravando al asegurado después de la producción del siniestro.
- 3.º Los gastos que sean consecuencia directa del siniestro asegurado.

Artículo 66

El titular de una empresa puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando la empresa quede paralizada total o parcialmente a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato.

Artículo 67

Si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios, las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización.

Con ello, vemos que el origen del daño enfocado al daño material como causa del daño debe venir descrito y expresado en la póliza, ya que si no se especifica la cobertura, existe salvo exclusión expresa por existencia de pandemia.

Ahora bien, si de forma específica se trata de las pólizas de daños materiales y pérdida de beneficios, nos encontraríamos con que amparan los daños directos sufridos por los activos asegurados, y la pérdida de beneficios derivada de la paralización parcial o total de la instalación *consecuencia directa de esos daños materiales amparados bajo el condicionado de la póliza*.

Así, la garantía de pérdida de beneficios solo se activa tras la ocurrencia de un daño material garantizado bajo la póliza, o que un daño (daño que hubiera estado cubierto por la póliza del asegurado) suceda en proveedores/clientes, impidiendo el suministro o las ventas, o imposibilite acceso a sus situaciones de riesgo (siempre y cuando estas coberturas se encontrasen contratadas), y por lo tanto genere una pérdida para el asegurado, como se apunta por los expertos en el sector asegurador.

En estos casos, el virus puede causar un daño indirecto, pero no es daño material en su origen. Aquí está la clave.

Puede ocurrir, además, que se haya excluido expresamente este riesgo, aunque no se indique el origen en el daño material del siniestro, y, así, algunos de estos contratos de seguro suelen excluir expresamente los daños derivados de epidemias y pandemias declaradas oficialmente, al tratarse de un fenómeno extraordinario o de una causa de «fuerza mayor», que no es previsible, ni evitable mediante medidas conocidas o viables para reducir el riesgo, aunque se hubiera previsto.

Algunos expertos en seguros indican en estos casos que ante estos problemas que pueden afectar a las pólizas de daños y de interrupción de negocio puede llegar a considerarse, como ha ocurrido en Estados Unidos y Reino Unido, que la contaminación provocada por la covid-19 es un daño material, con lo que en las pólizas que exijan el origen en el daño material existen posiciones a favor de la cobertura bajo esta tesis.

Bajo esta interpretación, la exclusión de contaminación se puede incluir como cláusula limitativa ex artículo 3 de la LCS, al igual que las cláusulas que excluyen los daños que deriven de cualquier clase de «virus o bacterias». Si no se excluye, los equipos e instalaciones contaminados deberán formar parte de los bienes asegurados por la póliza, y el origen de la contaminación (el coronavirus) debe ser un riesgo cubierto al no estar excluido. Para excluirlo debe constar expresamente firmada la exclusión.

El daño es objetivable: cierre del local, limitaciones de apertura, cierre por «toque de queda». La pérdida de beneficios está constatada y puede probarse mediante el juicio comparativo de los ingresos percibidos en el mismo periodo anterior con el periodo concreto que ha durado el momento de aplicación de la pérdida que se trata de aplicar, ya que el artículo 67 del LCS señala, como hemos visto, que «si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios, las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización».

La cuestión, de todos modos, es que como la afectación a los locales se ha diferenciado en varios periodos (desde el cierre absoluto hasta las limitaciones), habría incluso que esperar al final de las limitaciones de la Administración para comprobar toda su afectación, aunque podría reclamarse de forma parcial, ya que el daño que se está produciendo es de tracto sucesivo.

Ante este planteamiento se ha alegado que declarar cubierta la incidencia del virus en estas pólizas provocaría un tremendo impacto en el sector asegurador si se tuvieran que pagar las pérdidas. Pero no es admisible el alegato. Si está cubierto, debe pagarse. El asegurado contrató la existencia de pérdidas por un «daño» declarado en la póliza, o al menos no excluido en su origen.

Ante esta tesitura debemos recordar la existencia de las *class action*, que, como demanda colectiva de sujetos identificados por el mismo problema a reclamar, se han venido ejercitando en países anglosajones en este tema. Y, así, los expertos en el sector asegurador recuerdan que el 17 de abril de 2020 un grupo de restaurantes de Pittsburgh presentó una *class action* contra la compañía aseguradora, alegando que la compañía había denegado injustamente la cobertura de los daños producidos por la covid-19 sufridos en restaurantes, bares y otros establecimientos.

Podría existir, como se ha expuesto, que se hubiera contratado un seguro de lucro cesante con independencia de daño material (*non damage business interruption coverage*) (Willis Tower Watson), lo que haría aplicable la tesis que venimos manteniendo, al no asociarse la exigencia del origen del daño material con la cobertura de la póliza. Aunque también se recuerda que la mayoría de las pólizas tienen el requisito de que se haya producido un «daño físico material directo» para activar la cobertura de interrupción de negocios.

También se destaca por los expertos en seguros el daño de área amplia (*wide area damage*). En estos casos habría cobertura, por cuanto no hay exclusión por pandemia y la cobertura se extiende a los daños que se causen en un área amplia por una extensión general del daño en muchos negocios en circunstancias semejantes, lo que determina que una declaración general del daño por un concepto o causa similar quedaría objetivada; aunque el asegurado, incluso, no sufriera daño físico por el virus, aún habría sufrido la misma pérdida de interrupción de negocios debido a la devastación en la economía de los alrededores.

Por ello, se recuerda por los expertos en el sector asegurador que, por ejemplo, el gobierno de Reino Unido ha alentado a las aseguradoras a pagar las reclamaciones de *business interruption* (BI) derivadas de la covid-19 (afirmando que el virus constituye en sí mismo un «daño físico»), salvo que exista una exclusión por pandemias o que se excluyan explícitamente

las enfermedades infecciosas (por ejemplo). Y, así, como se ha expuesto, Estados Unidos y Reino Unido alertan de que debe cubrirse en el BI (póliza de pérdida de beneficios) en términos generales, y ya hay sentencias en Estados Unidos y Reino Unido que están declarando la cobertura de estas pólizas de seguro por el virus, salvo exclusión expresa, lo cual es difícil que hubiera habido esa especie de *adivinación o anticipo* de que esta situación tan impensable a principios del año 2020 se iba a producir, es decir, este suceso era imprevisible, pero si la pandemia no estaba excluida, se está recomendando en el derecho anglosajón la cobertura.

Todo esto determina una importante modificación en el sector asegurador en estas pólizas, ya que las nuevas pólizas de BI puede que lo excluyan expresamente de cara al futuro para evitar problemas interpretativos. Así, va a existir una nueva determinación del mapa de riesgos ante la covid-19, ya que entre los «riesgos soportados» está ahora la covid-19, aunque en las pólizas de este tipo se especificarán ahora las condiciones nuevas que clarifiquen mejor las coberturas y las exclusiones, así como la interpretación del concepto de *daño material*, dados los problemas interpretativos que se están planteando.

4. Los distintos tipos de seguro contra interrupción de los negocios

Como hemos expuesto, la clave en este tema es saber qué es lo que se ha contratado exactamente, y bajo qué condiciones, porque, tras lo expuesto, es en estos matices donde se encontrará la solución en cada caso concreto.

Por ejemplo, según Insurance Information Institute existen varios tipos de seguro contra interrupción de negocios.

1. Cobertura de los ingresos del negocio (*business income*)

Compensa a los dueños del negocio por la pérdida de ingresos si la empresa necesita desocupar sus instalaciones debido a daños sufridos por un desastre cubierto bajo la póliza de seguros de propietarios de negocios. La cobertura de los ingresos del negocio repone las ganancias que este hubiera generado, basada en los estados financieros, si el desastre no hubiera ocurrido. La póliza también incluye cobertura de gastos operativos como pagos de servicios contratados –por ejemplo, el servicio eléctrico–, cuyas facturas continúan llegando aunque el negocio esté temporalmente paralizado.

2. Cobertura de gastos extras para generar ingresos de negocios (*extra income coverage*)

Le reembolsará los gastos extras o adicionales en que el negocio tenga que incurrir por encima de los gastos típicos y normales de operación, para evitar que tenga que cerrar sus

puertas al público o a sus clientes, durante el periodo de restauración de las instalaciones. Para conocer el monto de cobertura que va a necesitar, debe obtener un avalúo o valoración (*appraisal*) de las instalaciones donde opera, así como de un inventario detallado del contenido de estas, incluyendo inventarios, maquinaria y equipos de oficina.

3. Seguro de contingencias contra pérdidas por la interrupción de negocios (*contingent business interruption*)

Da protección a los ingresos del negocio en situaciones en las que los daños hayan ocurrido en las instalaciones de sus proveedores o a quienes ellos proveen de materiales o productos, en lugar de daños físicos ocurridos en las instalaciones del asegurado mismo. Hoy día las empresas dependen intrínsecamente de una cadena de proveedores y también son parte de dicha cadena para vender sus productos y servicios.

4. Seguro (o cobertura) de la cadena productiva y de distribución (*supply chain insurance*): cobertura «contra todo riesgo» (*all risks*) de interrupción de los negocios

Esta cobertura está limitada solo a aquellos daños que afecten físicamente las instalaciones de proveedores, distribuidores o clientes, y se propone cubrir aquellos daños que estén fuera del control del asegurado. Esta modalidad de seguros ofrece protección contra situaciones que interrumpen los negocios, afectándolos tanto física como logísticamente.

5. Seguro para requisitos de leyes locales y ordenanzas (*ordinance or law*)

Provee de cobertura para reconstruir y reparar edificaciones o instalaciones, de modo que cumplan con los cambios e implementaciones de códigos de construcción requeridos por las leyes y ordenanzas locales.

Como vemos, existen distintas pólizas de pérdidas de beneficios, por lo que habrá que estar al contenido de cada póliza y valorar su alcance de cobertura y exclusiones concreto para evaluar si el coronavirus y su afectación en la vida económica del país queda cubierto por sus daños causados en la pérdida de beneficios, como consecuencia de las medidas de la Administración para frenar la expansión del virus.

Según Marsh.com, más allá de los efectos directos de huracanes, terremotos, inundaciones y ataques terroristas, la interrupción del negocio puede ocurrir sin daño físico a su propiedad o propiedad contingente, y señala que, solo en la última década, las interrupciones significativas han resultado de:

- a) Disturbios políticos y sociales.
- b) Ciberataques y fallas tecnológicas, incluidos los ataques WannaCry y NotPetya en 2017.
- c) Pandemias y epidemias, incluido ébola y zika.
- d) Interrupciones de la cadena de suministro, incluidas quiebras de proveedores y cierres de puertos debido a huelgas laborales.
- e) Pérdida de empresas derivadas de ataques terroristas y tiroteos masivos en París, Las Vegas y otros lugares.
- f) Las empresas también pueden verse afectadas como resultado de acciones regulatorias, escasez de materias primas, retiros de productos o eventos de contaminación y otros factores. También existe la posibilidad de que se vean afectadas indirectamente como resultado de desastres naturales y otros eventos que causen daños a los proveedores de sus proveedores.
- g) Cobertura de interrupción de negocios contingente, que puede proteger contra el daño físico sufrido por proveedores clave.
- h) El seguro cibernético, que ha evolucionado para abarcar no solo las brechas de datos, sino también la interrupción del negocio impulsada por la tecnología.
- i) Seguro de riesgo político y crédito comercial, que puede cubrir exposiciones relacionadas con acciones gubernamentales, inestabilidad e insolvencia.
- j) Las políticas de interrupción del negocio de daños no físicos (NPDBI), que pueden proporcionar cobertura para la pérdida de ingresos sin un desencadenante de daño físico.
- k) Soluciones paramétricas de seguros para pandemias y epidemias, que pueden ser desencadenados por cambios en el sentimiento público, en lugar de pérdidas físicas directas.

Lo cierto y verdad es que con independencia del problema que se ha explicado en relación con si consta en la póliza que la cobertura exige que el origen venga de un *daño material* que sea el que desencadene la pérdida de beneficios y los criterios de exclusión de que la pandemia sea un daño material, lo cierto y verdad es que la póliza que mejor cubre los intereses de los locales es la relacionada en la letra j), por cuanto excluye estos problemas al no exigir un daño físico o material como desencadenante de las pérdidas económicas. Habrá que evaluar lo que en cada caso se ha firmado, y lo que se ha excluido debidamente firmado por la vía del artículo 3 de la LCS.

Willis Towers Watson, en un estudio sobre la gestión de riesgos provocada por la covid-19 recuerda, asimismo, que

existen excepciones en algunas pólizas en las que se garantiza de forma sublimitada algún tipo de inhabitabilidad por contingencias del tipo brotes de legionela, norovirus o similares, cuarentenas decretadas por la autoridad... en clientes de Real Estate, o pérdidas por interrupción de negocio por enfermedades de declaración obligatoria o por interrupción por impedimento de acceso dictaminado por la autoridad competente por enfermedad transmisible en riesgos más industriales. Y que las garantías adicionales de pérdida de rentas/alquileres por «inhabitabilidad», vayan a ser coberturas «activables» con base en la crisis global que estamos sufriendo. Dichas garantías, que sin duda pueden ser una «ventana» de exploración de cara a compensar ciertas pérdidas por impago de rentas (complejo), están a priori diseñadas para garantizar la compensación de la disminución de los ingresos o el aumento de los gastos derivados de la imposibilidad de comercializar el activo inmueble asegurado (véase un hotel, un hospital o un centro comercial), motivado por un brote puntual de una enfermedad transmisible, como legionela, en sus instalaciones de ventilación o agua corriente, que obligue inexcusablemente al cierre del establecimiento para su desinfección y tratamiento, o incluso a que se decrete por un organismo superior el cierre temporal por cuarentena o por suspensión de su licencia de actividad, y siempre, como decimos, circunscrito a un local/riesgo concreto e identificable.

En este escenario, la adición de la inhabitabilidad desconectado a un origen de daño material permitiría activar la cobertura de pérdida de beneficios asociando el daño del pago de la renta como cobertura que debe asumirse, así como las pérdidas provocadas por el cierre a consecuencia de la inhabitabilidad, ya que el cierre de locales, o la limitación de los espacios disponibles en el local o de acceso de personas supone una

inhabitabilidad total o parcial que produce una evidente pérdida de beneficios ligado a las limitaciones impuestas por la autoridad competente, que declara la inhabitabilidad del local total o parcialmente, siendo indemnizable la pérdida con esa cobertura adicional, salvo una directa asociación a la exigencia de un daño material, aunque debe entenderse que esta garantía adicional debería incluirse en la póliza sin esas exigencias o limitaciones, salvo que fueran debidamente firmadas, ya que el carácter inhabitable debería provenir de cualquier causa y fijar la cobertura más en el carácter de imposibilidad de apertura y la pérdida de beneficios que ello conlleva, lo que deberá afectar, en su caso, al importe de la prima.

Centrando más el debate señala Willis Towers Watson que, incluso, existen algunas pólizas de cobertura de pérdidas de beneficios que podrían referirse a este problema, como la *interruption by communicable disease* (interrupción en caso de enfermedad transmisible) o *notifiable diseases*, pero lo cierto y verdad es que deberían adoptarse medidas para que los asegurados sepan lo que contratan y que a partir de ahora conozcan las coberturas que deberían disponer ante la nueva modalidad de daño que se avecina con estas pandemias y la posibilidad de que cuando por la vacuna se haya reducido exponencialmente el riesgo,



se pueda ofrecer y contratar una póliza donde lo que ha ocurrido quede perfectamente cubierto, en cuanto a rentas debidas y en cuanto a las pérdidas por cierre de actividad obligada por la Administración, o restricciones horarias o de cabida.

Con respecto a lo que ha ocurrido y la cobertura ya hemos precisado que en el derecho anglosajón se está optando en Estados Unidos y Reino Unido por una tesis de cobertura en estos casos, aunque habrá que ver con claridad lo que se ha contratado, las exclusiones que había y si se habían firmado debidamente por escrito ex artículo 3 de la LCS.

5. El riesgo de la emergencia sanitaria y las consecuencias al seguro

Es evidente el incremento de riesgo que supone la emergencia sanitaria de la covid-19. Lloyd's de Londres presentó un informe en el cual advierte que las pérdidas globales para el mercado de seguros y reaseguros podrían superar los 200.000 millones de dólares entre indemnizaciones y desvalorización de inversiones.

Willis Towers Watson ha llevado a cabo un completísimo estudio sobre la afectación al seguro de la covid. Es evidente que la pandemia va a modificar las condiciones y circunstancias de las pólizas de seguro y que se pueden producir exclusiones de cobertura por covid en las renovaciones de los contratos bajo la exigente fórmula de las circunstancias limitativas de responsabilidad ex artículo 3 de la LCS, que exige la firma expresa del asegurado sobre estas exclusiones, aunque cierto y verdad es que a los ciudadanos les va a interesar asegurar las consecuencias de una pandemia como la que estamos pasando, aunque ello puede tener incidencia en las coberturas y en la prima a pagar por estos seguros que admitan y cubran los efectos de la pandemia.

El problema se ha planteado respecto a las pólizas ya contratadas desde que el 11 de marzo la OMS hizo la declaración del riesgo por covid y se decretó la pandemia y su vigencia por cobertura hasta la renovación o cancelación de estas pólizas contratadas, así como la interpretación que puede darse al hecho susceptible de cobertura en la póliza de que se trate.

Hay que tener en cuenta que los daños por coronavirus se cubren en la distinta póliza si el riesgo está cubierto, salvo exclusión por pandemia, con lo que la aseguradora podrá fijar, como se ha explicado, una expresa exclusión de cobertura en las renovaciones de pólizas si no estaba antes.

Ahora bien, en las pólizas actuales la agravación del riesgo por el virus no hace aplicable los artículos 11 y 12. Estos preceptos que obligan a la comunicación a la aseguradora es un concepto relacionado por una actuación personal del asegurado o acaecimiento concreto que agrava el riesgo. La covid es una manifestación global, no particular.

También hay que señalar que coronavirus no es un riesgo extraordinario, con lo que no está excluido y no es un riesgo consorcial que pueda derivarse al consorcio de compensación de seguros. La interpretación en estos casos debe ser la más favorable al asegurado. Como decimos, la póliza debe cubrir el virus salvo expresa exclusión por pandemia.

También hay que decir que la covid es un hecho externo al asegurado, y, por ello, no le afecta el artículo 10 de la LCS.

Lo que sí podría ocurrir es que la aseguradora puede proponer la modificación del contrato por covid una vez vencido y a tenor del artículo 22.3 del LCS «el asegurador deberá comunicar al tomador, al menos con dos meses de antelación a la conclusión del período en curso, cualquier modificación del contrato de seguro».

Va a existir, de todos modos, una reestructuración de contenidos y exclusiones en las nuevas pólizas que habrá que ver con cuidado, porque la situación de la covid lo va a cambiar todo, y resulta obvio que este virus sea tenido en cuenta a la hora de las nuevas pólizas y las que vayan venciendo. Incluso, será un producto que, por ejemplo, los locales de negocio podrán tener en cuenta para valorar la suscripción de pólizas que de forma directa cubran daños y perjuicios por efectos de pandemia, y les suponga justificado pagar una prima para conseguir la «tranquilidad» que es lo que te da contratar una póliza de seguro.

Por ejemplo, en el caso de las pólizas de seguros en bodas, después de los problemas que han existido ante las cancelaciones de estos eventos, con los perjuicios para el establecimiento que lo tenía reservado todo y con cantidades entregadas como fianzas. Así, podría asegurarse la existencia de posibles responsabilidades objetivas por contagios en bodas, y podría darse el caso de que pudieran derivarse estas responsabilidades a los organizadores de estos eventos cuando la normativa no permite reuniones grupales, pudiendo derivarse contagios con secuelas graves para los asistentes, o incluso la muerte.

También, como decimos, podría tener que acordarse la suspensión de bodas y reservas de banquetes con pago de anticipos.

Asimismo, hay que recordar que es frecuente, sobre todo en las pólizas de salud o de viaje, el establecimiento de la siguiente cláusula de exclusión: «Quedan excluidos, los daños causados por epidemias o enfermedades infecciosas de propagación rápida», aunque debe cumplir con los requisitos necesarios para la incorporación de cláusula limitativa.

El sector empresarial está especialmente atento a la evolución de este problema, por lo que surge la pregunta acerca de si debe asegurarse y evitarse en la empresa el riesgo covid y adoptar medidas para evitarlo.

Es evidente que la propia Ley de prevención de riesgos laborales exige en su artículo 14 que las empresas deban garantizar la seguridad y la salud de sus empleados. Además,

entraría de lleno en los planes de cumplimiento normativo en las empresas, y el buen *compliance* exige la constancia de la prevención ante la covid en la empresa.

Con ello, podemos decir que la covid ha propiciado que dentro de la materia de *compliance*, las empresas tengan que adaptar dentro de su cumplimiento normativo la presencia de la covid dentro de la existencia de mecanismos de códigos internos que, como guías de buenas prácticas, protejan a los trabajadores mediante protocolos de actuación que minimicen los riesgos de contagio por parte de los trabajadores, lo cual está directamente relacionado con el *compliance* dentro de las empresas para evitar incluso la comisión de hechos delictivos por la vía del artículo 316 del Código Penal por parte de los administradores de la sociedades mercantiles.

Con respecto a las pólizas de seguros de vida la pregunta que ha surgido con frecuencia, cuando se ha dado el caso de una muerte por covid, es si ¿es el coronavirus una excepción para cubrir el fallecimiento?

Pues bien, aunque la mayoría de las pólizas excluyen las pandemias, «muchas aseguradoras han decidido asumir su coste». Así, los expertos en seguros recuerdan que durante la crisis sanitaria por covid-19, tanto el ramo de los seguros de vida como las pólizas de decesos han continuado manteniendo su compromiso con las familias, prestando sus servicios y aportando soluciones, adaptándose en lo posible a las nuevas necesidades.

Se ha planteado algún problema en los seguros de vida ante casos de patologías previas como hipertensión y diabetes, por ejemplo, que no han sido declarados, pero que han propiciado o facilitado el fallecimiento al sumarse al daño de la covid.

Se dan también casos de pólizas vinculadas a la contratación de productos bancarios para garantizar el cobro de hipotecas, préstamos o tarjetas de crédito, y los familiares no saben de su existencia, para lo que los expertos recomiendan acudir al registro de contratos de seguro de fallecimiento, que tiene por finalidad suministrar la información necesaria para que los posibles interesados puedan saber si una persona fallecida tenía contratado un seguro para el caso de fallecimiento, así como la entidad aseguradora con la que lo tenía suscrito.

En relación con el aseguramiento del teletrabajo resulta evidente que los equipos informáticos con los que trabajan los trabajadores en sus domicilios deben quedar cubiertos en las pólizas de seguro de daños en los materiales por posibles virus, por ejemplo, caídas, aunque sería recomendable que la empresa comunicara a la aseguradora los trabajadores que están haciendo teletrabajo y la identificación de los materiales informáticos con los que están llevando a cabo sus trabajos, aunque ello no operaría por la vía de los artículos 11 y 12 de la LCS, sino como mera «comunicación formal» para identificar en ese momento por las circunstancias de la pandemia la relación de trabajadores que hacen teletrabajo y cuya cobertura «que están pagando» no se lleva a cabo en la empresa, sino en el domicilio del trabajador.

6. ¿Cabría admitir una cláusula de exclusión de cobertura por siniestro o daños causados a tercero por la covid?

Este es un tema al que ya se ha hecho referencia anteriormente. Y es que las partes podrán pactar, incluir o excluir aquellas cláusulas en la póliza que sean limitativas de la cobertura y restrinjan el deber de la aseguradora de tener que indemnizar el asegurado, pero que no operan ni se oponen al tercero perjudicado, ya que con base en el artículo 1255 del CC las partes son libres de marcar el alcance de la cobertura de la póliza.

Recordemos que el artículo 73 de la LCS señala que:

Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

¿Qué tipo de cláusula sería la de exclusión de la cobertura de un evento dañoso relacionado directa o indirectamente con la covid?

La cláusula de exclusión del riesgo por la covid es limitativa de la responsabilidad de cobertura a que está obligado el asegurador frente al asegurado, más que una condición delimitadora del riesgo y, por ello, exige firma independiente del asegurado para su eficacia.

¿Qué diferencias existen entre la condición delimitadora del riesgo y la cláusula limitativa de responsabilidad?

a) Clausula o condición delimitadora del riesgo

Una condición delimitadora define el objeto del contrato, perfila el compromiso que asume la compañía aseguradora, de manera tal que si el siniestro acaece fuera de dicha delimitación, positiva o negativamente explicitada en el contrato, no nace la obligación de la compañía aseguradora de hacerse cargo de su cobertura.

b) Las cláusulas limitativas, por el contrario, desempeñan distinto papel, en tanto en cuanto producido el riesgo actúan para restringir, condicionar o modificar el derecho de resarcimiento del asegurado

Con ello, nos encontraríamos con que en los temas relacionados con la covid habría que evaluar si en la póliza de RC firmada por el asegurado constaba la exclusión por riesgo covid, pero ello operaría tan solo en la relación personal entre aseguradora y asegurado, no oponible al tercero perjudicado ex artículo 76 de la LCS.



Si se firmó la exclusión de cobertura por riesgo de covid, lo sería como cláusula limitativa de responsabilidad, por cuanto está modificando o restringiendo la cobertura y requeriría firma independiente de la póliza y condicionado general.

Es por ello que no se podrá alegar por la aseguradora ante el tercero reclamante la exclusión por riesgo de covid, es decir, que el hecho dañoso esté relacionado con el contagio por covid y esté excluido cuando se trate de delito doloso, y se ejercite la acción directa del artículo 76 de la LCS contra la aseguradora, sino que esta deberá asumir la garantía del aseguramiento de la responsabilidad civil del asegurado, pero en su «relación *ad extra*», por cuanto en la «relación *ad intra*» entre aseguradora y asegurado aquella sí que podrá oponer la exclusión de la cobertura, y, además, la exclusión de la cobertura por riesgo relacionado con la covid, pero solo cuando se hubiera firmado por escrito de forma separada, ya que fijar en una póliza de seguro de responsabilidad civil, o de daños, que no se responde si el siniestro se debe a un tema relacionado directa o indirecta con la pandemia, supone condicionar, o modificar y restringir, la cobertura, y, por ende, es cláusula limitativa y exige la firma ex artículo 3 de la LCS.



La responsabilidad por daños derivados de los productos en los casos internacionales. Ley aplicable y perspectiva del Tribunal Supremo español

Isabel Lorente Martínez

*Abogada colegiada ejerciente. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Profesora doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad de Murcia
Miembro de la Red Europa-España de Derecho Internacional Privado*
isabel.lorente@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-8334-8760>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Iciar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

Este trabajo aborda la aplicación del derecho en los casos en los que el daño deriva de un producto. El Tribunal Supremo en su jurisprudencia ha tenido la oportunidad de aplicar instrumentos legales internacionales a complejos asuntos en los que se debía dilucidar la ley aplicable a la responsabilidad que derivaba de daños causados por productos. La globalización mundial es un dato incuestionable, y en muchas ocasiones es la explicación a que las obligaciones extracontractuales derivadas de daños producidos a terceros se produzcan en un plano internacional. Y en este contexto se realiza un estudio de la perspectiva del Tribunal Supremo sobre estas obligaciones extracontractuales.

Palabras clave: responsabilidad por daños; productos; casos internacionales; jurisprudencia Tribunal Supremo.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Lorente Martínez, I. (2021). La responsabilidad por daños derivados de los productos en los casos internacionales. Ley aplicable y perspectiva del Tribunal Supremo español. *Revista CEFLegal*, 245, 25-44.



Liability for damages arising from the products in international cases. Applicable law and perspective of the Spanish Supreme Court

Isabel Lorente Martínez

Abstract

This paper addresses the application of the law in cases where the damage results from a product. The Supreme Court in its jurisprudence has had the opportunity to apply international legal instruments to complex cases in which the law applicable to liability arising from damage caused by products should be clarified. Global globalization is an unquestionable fact, and is often the explanation for non-contractual obligations arising from damage to third parties occurring at the international level. In this context, a study is being made of the Supreme Court's perspective on these non-contractual obligations.

Keywords: liability for damages; products; international cases; Supreme Court jurisprudence.

Citation: Lorente Martínez, I. (2021). La responsabilidad por daños derivados de los productos en los casos internacionales. Ley aplicable y perspectiva del Tribunal Supremo español. *Revista CEFLegal*, 245, 25-44.



Sumario

1. Las obligaciones extracontractuales derivadas de daños causados por los productos y el Tribunal Supremo
2. Derecho aplicable a los casos de daños por productos. Atención a su problemática aplicación por los órganos jurisdiccionales españoles
3. La postura del Tribunal Supremo en la aplicación del derecho norteamericano
4. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Las obligaciones extracontractuales derivadas de daños causados por los productos y el Tribunal Supremo

1. Las obligaciones extracontractuales presentan, con extrema frecuencia, un carácter internacional. Simplemente hay que observar el aumento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto de estas obligaciones extracontractuales y por supuesto del Tribunal Supremo español. Nuestro Tribunal Supremo ha debido dictaminar numerosas sentencias en el ámbito del derecho de daños producidos por productos. Así se observa en toda la jurisprudencia que se consulta en la guía *InDret* de jurisprudencia sobre responsabilidad de producto (Salvador Coderch, 2004)¹.

2. En la actualidad, se detectan con bastante frecuencia obligaciones extracontractuales derivadas de daños producidos a terceros en un plano internacional. Ello se produce porque el mundo está globalizado y el ser humano, para un aumento de su bienestar, intercambia con asiduidad bienes con sujetos ubicados en otros Estados. De esos intercambios pueden surgir distintas obligaciones, pero es una realidad la extrema complejidad que deriva de las obligaciones de tipo extracontractual. El ser humano no solo intercambia, sino que es usuario de los resultados del progreso tecnológico y en ocasiones los productos que resultan de ese progreso pueden provocar accidentes y en consecuencia daños.

3. Los casos de responsabilidad civil extracontractual son muy complejos y esta complejidad deriva de varios factores (Calvo-Caravaca y Carrascosa González, 2018, pp. 1122-1123): a) son casos que presentan «conexiones» con varios países; b) son casos que muestran una enorme complejidad técnica: esto se explica por el enorme progreso de la tecnología y la globalización del mercado. Esto hace que el proceso de producción de un producto pueda estar vinculado a distintos países, cada pieza que sea componente esencial de un producto puede estar fabricada en distintos Estados. Y de ahí deriva en ocasiones la dificultad para determinar la causa técnica concreta que provoca un accidente.

4. Con carácter previo al desarrollo de este trabajo se deben subrayar los siguientes datos en relación con las obligaciones extracontractuales derivadas de daños causados por los productos.

5. En primer lugar, las obligaciones extracontractuales derivadas de daños causados por los productos no se rigen por el Reglamento Roma II ni por el artículo 10.9 del CC, sino por

¹ *Vid.*, también, Salvador Coderch *et al.* (2003).

el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, en vigor para España desde el 1 de febrero de 1989, y que en un punto posterior del trabajo se explicará en mayor profundidad.

6. En segundo lugar, la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985², sobre daños causados por los productos, no contiene regla alguna sobre su aplicación en casos internacionales. La finalidad de esta norma es la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros sobre estas materias, pero no recoge ninguna regla sobre su «ámbito de aplicación en el espacio». Esta misma directiva es desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y está condicionado por políticas expuestas en dos informes de la Comisión sobre la aplicación de la directiva (Primer informe, de 13 de diciembre de 1995, COM[95] 617 final; y Segundo informe, de 31 de enero de 2001, COM[2000] 893 final), así como en el Libro Verde sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos, presentado por la Comisión el 28 de julio de 1999 (COM[1999] 396 final).

7. Se debe de realizar un exordio en cuanto al papel desarrollado por el Tribunal Supremo español en un asunto cardinal que ha marcado un hito en la materia de daños y el resarcimiento de las víctimas en la jurisprudencia española. Ese caso fue el que dictaminó en sentencia el Tribunal Supremo en fecha 13 de enero de 2015³.

8. Esta sentencia deriva de un trágico accidente aéreo, con 71 víctimas mortales.

El 1 julio del año 2002 se produjo un accidente aéreo en el espacio aéreo alemán, sobre la localidad germana de Überlingen, al norte del lago Constanza. Un aparato Tupolev de la Bashkirian Airlines y el Boeing 611 de DHL colisionaron en pleno vuelo a las 23,35 horas. Todos los pasajeros y toda la tripulación fallecieron en el accidente. En total, 71 personas perdieron la vida. Las 69 personas (12 tripulantes y 57 pasajeros) que viajaban en el vuelo 2937 de la Bashkirian Airlines realizaban un trayecto desde Moscú a Barcelona. La mayor parte de los pasajeros eran niños y adolescentes que se trasladaban a España en un viaje promovido por la UNESCO con la República de Bashkortostán, integrada actualmente en Rusia. Por otro lado, el Boeing operado por DHL había despegado de Bérgamo (Italia) y se dirigía al aeropuerto de Bruselas (Bélgica), y no transportaba pasajeros, solo mercancías.

9. Son diversas las causas que se conjugaron y provocaron este desgraciado accidente. Es claro que se produjo una «sobrecarga de trabajo del controlador aéreo de Skyguide», en Suiza, completamente saturado de tareas. Skyguide era la empresa encargada del control aéreo en Suiza. Dicha sobrecarga hizo que el controlador aéreo que operaba en Suiza, al advertir la po-

² Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Diario Oficial n.º L 210 de 7 de agosto de 1985, p. 0029-0033.

³ ECLI: ES:TS:2015:181.

sibilidad real de colisión en vuelo de ambos aparatos, enviara la instrucción de «descender» a la tripulación del Tupolev. Pues bien, todos los aviones comerciales deben estar equipados con un mecanismo llamado TCAS⁴ (*traffic alert and collision avoidance system* / sistema de alerta de tráfico y aviso de colisión). Este mecanismo advierte a los pilotos de posibles colisiones en el aire y, en caso de probable colisión, dicho sistema TCAS emite unas llamadas «órdenes de evasión» (RA o *resolution advisory*). El propio manual de uso de este aparato exponía que era «la última línea de defensa frente a un fallo del ATC», es decir, que era la salvación final en caso de una peligrosa aproximación entre las aeronaves. Pero a pesar de lo que el manual del TCAS advertía, mientras el controlador suizo ordenaba a los pilotos del Tupolev que debían descender, resulta que el mecanismo TCAS del Tupolev les ordenaba ascender.

10. Estas órdenes contradictorias produjeron una total confusión en la tripulación del vuelo de Bashkirian Airlines. Los pilotos del Tupolev decidieron «ascender», como les había indicado el controlador desde Suiza, y no «descender», como les indicaba el TCAS. Las aeronaves colisionaron en vuelo y se precipitaron a tierra. En el manual de uso del sistema TCAS existía una contradicción fatal. Dicho manual indicaba que, ante el peligro de una colisión, deben prevalecer, ante todo, las instrucciones dadas por el controlador aéreo desde tierra por encima de lo que señale o indique el sistema TCAS. Sin embargo, en las páginas siguientes de ese mismo manual aparece la «recomendación» dirigida a los pilotos de no ignorar nunca el TCAS. Esta contradicción entre lo que indicaba el TCAS y lo que ordenó hacer el controlador aéreo desde Suiza, para evitar la colisión, fue la clave que explica por qué pilotos del Tupolev 154 decidieron no ascender a pesar de que el TCAS les indicaba que debían ascender. Obedecieron al controlador aéreo que les enviaba las ordenes desde tierra y no al sistema TCAS. Y sin excluir otras causas concomitantes, los errores del software del sistema TCAS y los defectos de su manual operativo constituyeron la causa principal de la colisión aérea y del accidente (Carrascosa González, 2013, p. 418).

11. El TCAS era producido en los Estados Unidos de América. Las empresas fabricantes eran Honeywell International Inc. (en adelante, Honeywell), sociedad estadounidense con domicilio en Nueva Jersey, y Aviation Communications and Surveillance Systems (en lo sucesivo, ACSS), sociedad con domicilio y establecimiento principal en Arizona, ambas con domicilio en los Estados Unidos. Precisamente es en Norteamérica donde terminan demandando a las empresas fabricantes del producto los familiares de las víctimas mortales. Pero el asunto finaliza en España, no entra a conocer del asunto un tribunal estadounidense, sino un tribunal español, y es este tribunal el que finalmente aplica el derecho estadounidense, en concreto el derecho del Estado de Arizona; este punto merece un estudio pormenorizado que a continuación se realiza.

⁴ Un TCAS o sistema de alerta de tráfico y evasión de colisión (siglas en inglés de *traffic alert and collision avoidance system*) es un sistema embarcado que prevé posibles colisiones entre diferentes aeronaves y funciona independientemente a los servicios de tránsito aéreo. Este dispositivo fue diseñado en los Estados Unidos en la década de los años 80, surgido de las investigaciones desde los años 50 para evitar colisiones entre aeronaves medianas. Se basa en el estándar de OACI llamado ACAS (*airborne collision avoidance system*).

2. Derecho aplicable a los casos de daños por productos. Atención a su problemática aplicación por los órganos jurisdiccionales españoles

12. En los tiempos que corren, la sociedad está altamente globalizada, con la consecuencia de que un demandante se encuentra con una gran lista de distintos foros a los que acudir para interponer la demanda. Y en principio, el demandado ante esta situación está desprotegido. Algunos países intentan corregir esta situación, muchos de ellos pertenecen a la familia del *common law*, y entre ellos se encuentra los Estados Unidos⁵, con mecanismos que sirven al demandado para «protegerse» ante la elección de foro hecha por el demandante. La doctrina del *forum non conveniens* surge en este contexto con la finalidad de otorgar al juez un poder discrecional en virtud del cual decide si asume o rechaza el ejercicio de su competencia para entrar a conocer del litigio. En realidad se trata de un expediente que, en principio, sirve para corregir el foro o criterio de competencia judicial internacional en un caso concreto, dada la escasa vinculación de las partes o el litigio con el territorio donde se presenta la demanda. Además del *forum non conveniens*, encontramos otras figuras: el *forum conveniens*, que permite al tribunal extender su competencia para conocer de un asunto aun cuando este no esté muy vinculado con el foro, y las *antisuit injunctions*. Estas últimas son resoluciones judiciales acordadas por jueces anglosajones que contienen una prohibición dirigida a una parte para que no inicie un proceso ante otro tribunal, para la que va aparejada, en caso de incumplimiento de una sanción.

13. Despejada la cuestión de la competencia judicial internacional, se abre otra incógnita: es preciso aclarar cuál va a ser el derecho aplicable para resolver la cuestión de la responsabilidad del fabricante del producto. En el ámbito del derecho internacional privado europeo encontramos múltiples normas que determinan la ley aplicable a estas cuestiones.

14. El primero es el Reglamento Roma II⁶: este reglamento determina la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, incluida la responsabilidad extracontractual derivada de productos defectuosos⁷. Se deberá comprobar que se cumplen todos los ámbitos de

⁵ El origen de la doctrina del *forum non conveniens* en los Estados Unidos se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Gulf Oil v. Gilbert*, 330 US 501, 506-505 (1947). La aplicación de dicha doctrina a los litigios internacionales se plantea por primera vez en el caso *Piper Aircraft Co. V. Reyno* 454 U.S. 25 (1981), considerado el *leading case* de la doctrina moderna del *forum non conveniens* en los Estados Unidos.

⁶ Reglamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»).

⁷ Artículo 5 del Reglamento Roma II:

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

1. Sin perjuicio del artículo 4, apartado 2, la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será: a) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto

aplicación del Reglamento Roma II: ámbito de aplicación material: a) supuestos relativos a obligaciones extracontractuales, y b) supuestos con carácter «internacional». Ámbito de aplicación espacial: se aplica por todas las autoridades de los Estados miembros participantes en el Reglamento Roma II y en el entero territorio de tales Estados miembros. Son Estados miembros participantes todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca. El Reino Unido e Irlanda también son participantes, ya que ejercitaron su derecho de *opting-in*. Ámbito de aplicación personal: carácter *erga omnes* (art. 3 RR-II)⁸. Ámbito de aplicación temporal: es irretroactivo. Se aplica íntegramente a los hechos ocurridos a partir del 11 de enero de 2009 (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2018, pp. 1.094-1.098). Por lo tanto, el Reglamento Roma II no estaba en vigor cuando ocurrió la tragedia. El accidente del lago de Constanza se produjo el 2 de julio del año 2002. En España, la responsabilidad extracontractual por daños derivados de productos defectuosos no se rige ni por el Reglamento Roma II ni por el artículo 10.9 del CC, sino por el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos, en vigor desde el 1 de febrero de 1989. Según el artículo 28.1 del Reglamento Roma II⁹, prevalecen sobre el Reglamento los convenios internacionales anteriores al mismo en que sean parte uno o más Estados miembro y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales. Tal es el caso del Convenio de La Haya de 1973 (Hernández Rodríguez, 2012).

15. Visto esto, debe indicarse que la norma de conflicto aplicable para resolver la incógnita del Derecho aplicable a este supuesto se contiene en el Convenio de La Haya sobre la ley

se comercializó en dicho país, o, en su defecto, b) la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto, c) la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país. No obstante, la ley aplicable será la del país en el que tenga su residencia habitual la persona cuya responsabilidad se alega si no podía prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuya ley sea aplicable con arreglo a las letras a), b) o c).

2. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado 1, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.

⁸ Artículo 3 Reglamento Roma II: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro».

⁹ Artículo 28 del Reglamento Roma II:

Relación con los convenios internacionales existentes.

1. El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales.

2. No obstante, por lo que respecta a las relaciones entre Estados miembros, el presente Reglamento, en la medida en que afecte a las materias reguladas por el mismo, primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros.

aplicable a la responsabilidad por productos, firmado en La Haya el 2 de octubre de 1973¹⁰. Las normas de conflicto que contiene son básicamente tres, con aplicación en cascada:

- a) Se aplicará la ley del Estado donde se produjo el daño, si este es también (a) el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, o (b) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o (c) el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada (art. 4).
- b) En defecto de lo anterior, se aplicará la ley interna del Estado del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada en el caso de que dicho Estado sea también: a) el Estado en el que se encuentra el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o b) el Estado en cuyo territorio hubiese sido adquirido el producto por la persona directamente perjudicada (art. 5).
- c) En el caso de que no fuere aplicable alguna de las legislaciones señaladas en los artículos 4 y 5, será aplicable el derecho interno del Estado en que se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, a menos que el demandante base su reclamación en el derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño (art. 6).

16. Los conceptos que contienen estos preceptos son excesivamente vagos y se deberá de interpretar a los mismos para aclarar, por ejemplo, ¿cuál es el Estado donde se ha producido el daño? ¿Y si ese daño se origina en el lugar donde se produce el evento que provoca directamente el daño a la víctima (accidente), o el lugar donde se produce el hecho generador del daño (lugar de diseño o fabricación del producto)? ¿Y la sede principal del fabricante? Si esta sede principal ha variado, ¿hay que considerar para ello el momento de diseño o fabricación del producto, el momento en el que se produce el «accidente» o el momento en el que se interpone la demanda? ¿Y si el producto se fabrica en fases que tienen lugar en Estados diferentes?

17. Además se habrá de considerar el tipo de daño: ese daño puede ser material o corporal; el tipo de producto, y sobre todo la estrategia de comercialización desarrollada por la empresa que fabrica los productos: no será lo mismo vender un producto autóctono a turistas que visitan el país (por ejemplo: pequeño comerciante que vende quesos en Menorca, y los turistas que visitan Menorca los compran), que fabricar *flats* y *slats* (dispositivos de las alas que ayudan a elevar el avión) para aviones que vuelan por todo el mundo. En el artículo 2 del Convenio de La Haya de 1973 se contienen las definiciones de «producto»,

¹⁰ Vid. Guzmán Peces (2011), Miláns del Bosch Portolés (1990), Palao Moreno (2010), Rodríguez-Ploss (1989), Torralba Mendiola (1997), Viñas Farré (1990), Zabalo Escudero (1991), Cavers (1978 y 1979), Cavin, (1972), Dutoit, (1989), Fallon, (1982), Fawcett (1993), Illmer (2009), Kozyris (1990), Lorenz (1993), Lupone (1985), Maddox (1985) y Sauveplanne (1985).

«daño» y «persona». Por «producto» se entienden los naturales y los industriales, así como los muebles y los inmuebles. El concepto de «daño» hace referencia tanto a los corporales como los patrimoniales («daño a las personas o bienes, así como la pérdida económica», dice el art. 2.b), quedando excluidos los daños al propio producto. Finalmente, la expresión «persona» alude tanto a las físicas como a las jurídicas (Seuba Torreblanca, 2005). Hay que destacar también que el Convenio de La Haya de 1973 no requiere para su aplicación que el producto sea defectuoso, basta que el producto sea el causante del daño.

18. Como puede verse, la aplicación de este o aquel derecho estatal depende, pues, de tres factores principales y, fundamentalmente, según se interpreten estos: 1) lugar de producción del daño, 2) residencia de la víctima directa y 3) sede principal del fabricante. Y la pregunta clave es: ¿a quién corresponde la interpretación de estos conceptos vagos? En principio, a la jurisdicción encargada que tenga que aplicar estos términos. Esto puede dar lugar a diferentes interpretaciones, y no hay apenas ejemplos en derecho comparado de cómo se ha llevado a cabo la aplicación de estos criterios.

19. El derecho internacional privado de producción convencional presenta numerosas ventajas, que sin ánimo exhaustivo se exponen a continuación: a) Unifican el derecho internacional privado (DIP) de los Estados parte. b) Son normas con alta calidad técnica. c) Ayudan a modernizar el sistema de DIP estatal. Pero también presentan numerosos inconvenientes: a) Carácter limitado de los resultados, por ser el resultado de un consenso entre distintos Estados. b) Errores de aplicación por parte de las autoridades internas. c) Diferencias de trato jurídico, puesto que la celebración de convenios internacionales de DIP con ciertos Estados, y no con otros, crea una diferencia de tratamiento legal entre sujetos de Estados distintos¹¹. Los convenios hechos por la Conferencia de La Haya de DIP carecen de mecanismos para lograr una interpretación uniforme de sus conceptos jurídicos, lo que es un hándicap y, a la vez, un defecto importante de estos convenios.

20. Según como se interpreten los tres conceptos antes reseñados, la ley aplicable a la responsabilidad civil de las empresas norteamericanas podrá ser, según los casos, la del Estado de la residencia de la víctima, la del lugar del accidente o la del lugar en el que se diseñó o fabricó la aeronave, que a su vez esta puede ser: la de la sede principal del fabricante en el momento de la fabricación, en el momento del diseño o fabricación, en el momento del accidente o en el momento de la interposición de la demanda. En función de cómo se pronuncien los tribunales españoles al respecto de estos conceptos, se sabrá cuál es la ley aplicable a la acción que se desee ejercer contra las compañías norteamericanas que fabricaron el producto.

21. Finalmente, los tribunales españoles terminaron por aplicar el derecho sustantivo de New Jersey y de Arizona, que era el derecho de las empresas que fabricaron el producto TCAS, que fue la causa principal que provocó el trágico accidente aéreo. Por lo tanto, las

¹¹ Para profundizar más en la cuestión, puede verse Calvo Caravaca y Carrascosa González (2018).

empresas demandadas tuvieron que hacer frente al pago de las fuertes indemnizaciones compensatorias a las que fueron condenadas. Aunque el tribunal español también evaluó la posibilidad de condenar a los responsables del accidente al pago de daños punitivos, las circunstancias del caso no fueron las propicias para aplicarlos y condenar a los responsables a su pago. Las condiciones que exigía el derecho norteamericano para la imposición de los daños punitivos no concurrían en este caso¹². Y así se expone en la STS (página 33):

La única especialidad del Derecho de los estados de Nueva Jersey y Arizona que se pone de relieve en los motivos en que se alega la infracción de la normativa de estos estados norteamericanos es la que afecta a la «preponderancia de la prueba». En realidad, según nuestros criterios, la regla de la «preponderancia de la prueba» (*«preponderance of the evidence»*) no es propiamente una regla de carga de la prueba (*«burden of proof»*) sino del nivel de prueba exigible (*«standard of proof»*). No obstante, como el concepto de «carga de la prueba» del proceso civil puede ser en otros ordenamientos jurídicos más amplio de lo que en el nuestro se entiende propiamente como tal, habrá de analizarse la infracción de los Derechos de Nueva Jersey y Arizona que se invocan en los recursos por ser aplicables dichos ordenamientos conforme prevé el art. 8.8 del Convenio de La Haya de 1973. Dado que no se ha estimado la acción por daños punitivos (*«punitive damages»*), en la que el nivel de prueba exigible es más alto, pues los hechos que determinan su procedencia han de quedar probados de forma «clara y convincente» (*«clear and convincing evidence»*), y solo se ha estimado la acción por muerte injusta o muerte por negligencia (*«wrongful death action»*), es suficiente con que la probabilidad de que los hechos sucedieran del modo que se alega en la demanda sea mayor que la probabilidad de que no hayan sucedido así (*«more probable than*

¹² La Audiencia Provincial de Barcelona constató, en primer lugar, que «tanto en el derecho del Estado de Arizona como en el derecho del Estado de New Jersey se conciben los daños punitivos como los causados por una "mente malévola", que requiere que el demandado haya actuado con intención de dañar al demandante o con una indiferencia gratuita e intencionada para con las personas que podrían resultar dañadas [...], y no cabe concluir de ningún modo que las demandadas tuvieran ni, por supuesto, intención de dañar ni siquiera indiferencia por la vida de las personas que han resultado dañadas. En consecuencia, no es posible conceder ninguna indemnización por este tipo de daños».

Esta afirmación, ya contenida en la sentencia de instancia, resulta refrendada por la Audiencia Provincial de Barcelona, que añade, al efecto, que «recordando lo explicitado por los peritos, tanto en el derecho de Arizona, como en el de New Jersey, para apreciar este tipo de daños es precisa una "mala intención real", no es suficiente con cualquier grado de negligencia, incluida la negligencia grave, debe existir una maldad en los actos. Y consideramos que, si bien la conducta realizada por las demandadas, hasta el momento del accidente que nos ocupa, fue claramente negligente (revistiendo gravedad diseñar y fabricar defectuosamente un producto que no resuelve uno de los escenarios principales para cuya resolución ha sido diseñado; no intentar reparar estos defectos con mayor celeridad; y no advertir correctamente de los problemas en su manual de uso), resulta difícil encajarla en una intencionalidad malévola. Distinto sería de producirse un accidente en el momento actual en que los informes son claros y contundentes en la identificación del problema y en las soluciones ya existentes».

not»). Este nivel de exigencia de prueba ha sido respetado desde el momento en que los razonamientos de la Audiencia Provincial muestran su convicción de que los hechos sucedieron del modo que se expresa en su sentencia.

22. Especial mención merece también el caso del accidente aéreo ocurrido en Madrid el 20 de agosto de 2008, y aunque se resolvió el asunto mediante la aseguradora, la causa del accidente fue el mal funcionamiento de un producto. La aeronave siniestrada en el accidente de Spanair en el aeropuerto de Madrid fue diseñada y fabricada por la desaparecida empresa McDonnell Douglas en Long Beach, California, donde esta tenía su sede principal. Posteriormente, en 1997, la empresa fue absorbida por The Boeing Company, cuya sede principal en ese momento se encontraba en Seattle, Washington, y actualmente en Chicago, Illinois.

23. Previamente a cualquier accidente, una empresa que fabrica productos que, por definición, van dirigidos a la exportación y que, por lo tanto, se venden y se utilizan en todo el mundo, se cuestiona cuál será la ley estatal que rige su responsabilidad civil en el caso de daños derivados de sus productos. Son empresas de alcance mundial y con mercados de dimensión mundial. El tipo de daño que pueden causar estos productos es un daño de altísimo alcance, con frecuencia, la muerte. Son productos que se comercializan en todo el planeta, y se utilizan en todo el planeta y en zonas y espacios aéreos situados incluso fuera de toda soberanía estatal. En el caso que nos ocupa se intenta despejar esta incógnita en relación con dos instrumentos legales: a) el Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho el 2 de octubre de 1973, y b) el Reglamento Roma II. El Convenio de La Haya se aplica en este supuesto y la ley que regiría esta responsabilidad sería la de la sede del fabricante.

24. Pero, ¿por qué debe ser aplicable la última conexión de la escalera de puntos de conexión contenida en el Convenio de La Haya de 1973? El artículo 4 del convenio no sería aplicable. Este precepto señala que la legislación aplicable será el derecho interno del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño, en el caso de que dicho Estado sea también: a) el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada (accidente producido en Madrid y residencia habitual de las víctimas en España, la mayoría) que en este caso, para las víctimas que tuvieran su residencia habitual en España, sería aplicable la ley española; o b) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad (esta conexión no concurre porque el Estado donde se produjo el daño es España y el establecimiento del presunto responsable se encontraba en los Estados Unidos); o c) el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada (esta conexión tampoco concurre, ya que el producto nunca fue adquirido por los perjudicados directos). Por lo tanto, no concurre ningún punto de conexión del artículo 4 del Convenio de La Haya de 1973, salvo que sean sujetos con residencia habitual en España, porque respecto de los mismos sí que es aplicable la ley española.

25. Tampoco concurre ningún punto de conexión del artículo 5 del mismo convenio. El artículo 5 establece que: a) si la persona perjudicada reside en el mismo Estado donde se halla el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad,

dicha ley es aplicable (tampoco concurre, puesto que los perjudicados tenían su residencia habitual en España, la mayoría de ellos, y los presuntos responsables tenían su establecimiento principal en Estados Unidos); b) si la persona perjudicada reside en el mismo Estado en cuyo territorio se ha adquirido el producto, dicha ley es aplicable (y volvemos a la conclusión anterior, las víctimas directas nunca adquirieron el producto).

26. Finalmente, el juez debería llegar a la conclusión de que sería aplicable para las víctimas sin residencia habitual en España la ley norteamericana, en virtud del artículo 6 del Convenio de La Haya: la cuestión se regula por el derecho interno del Estado en donde se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o por el derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño, a elección del demandante, presuponiendo, en este punto, que los familiares de las víctimas elegirían, por las distintas ventajas que comporta, la primera opción que les ofrece el artículo 6 del Convenio de La Haya de 1973.

27. Desde un punto de vista económico esta es la opción preferida por las grandes empresas que fabrican productos de comercialización mundial y con alto impacto sobre la salud (fabricantes de aviones, de alimentos, de medicinas, etc.): cuanto más amplio sea el espectro de comercialización internacional de un producto, más posibilidades hay de que se aplique la ley del país del fabricante. Los datos del caso nos indican que sería la ley californiana, que es la ley donde tenía su sede principal la empresa fabricante de la aeronave. En este supuesto se podría dar el mismo razonamiento que llevó al juez español a aplicar la ley norteamericana en el caso *Honeywell*. El juez español llegó a aplicar, finalmente, el artículo 6 del Convenio de La Haya de 1973: le da la opción a los actores de ejercitar sus acciones con arreglo al derecho norteamericano, que es el derecho interno del Estado donde se halla el establecimiento principal de la persona a la que se le imputa la responsabilidad, o por el derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño, el derecho español¹³.

28. Sin embargo, resulta útil cuestionarse acerca de cuál sería la ley aplicable a esta responsabilidad en el caso de que el Convenio de La Haya de 1973 no fuera aplicable. El Reglamento Roma II, en su artículo 5, contiene la norma de conflicto que señala la ley aplicable a la responsabilidad civil por daños derivados de los productos:

1. Sin perjuicio del artículo 4, apartado 2, la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será: a) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto, b) la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto, c) la ley del país en que se produjo el daño, si el

¹³ Vid. sobre este tema, con más argumentos, Calvo Caravaca y Carrascosa González (2018, pp. 1.141), donde se aborda la precisión de la concreta Ley estatal reguladora de la responsabilidad civil por daños derivados de los productos en el «caso del Lago de Constanza».

producto se comercializó en dicho país. No obstante, la ley aplicable será la del país en el que tenga su residencia habitual la persona cuya responsabilidad se alega si no podía prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuya ley sea aplicable con arreglo a las letras a), b) o c).

2. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado 1, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.

Aunque este artículo 5 del Reglamento Roma II no se aplicaría al supuesto, ya que en este caso se aplicaría el Convenio de La Haya de 1973, la ley estatal aplicable a la que nos conduciría el Reglamento Roma II sería la ley norteamericana, ya que no se pudo prever razonablemente la comercialización del producto en España, por lo tanto, las letras a), b) y c) del artículo 5 del Reglamento Roma II no serían aplicables. El funcionamiento de la regla general que se encuentra contenida en el artículo 4 de Roma II recoge en su primer apartado la *lex loci delicti commissi*; en el segundo apartado del referido precepto se incorpora el criterio de la residencia habitual común de las partes; para finalizar, en el artículo 4.3 del Reglamento Roma II se presenta la conexión de los vínculos más estrechos. Aunque en la redacción del texto se parte como regla general de la *lex loci delicti commissi*, de la lectura completa del artículo se deduce un resultado distinto. En efecto, la primera de las conexiones enunciadas se aplicará en realidad en último lugar, tras la no coincidencia de la residencia habitual común de las partes y de que no exista un ordenamiento jurídico con el que el que el hecho dañoso mantenga los vínculos más estrechos (Herranz Ballesteros, 2009-2010). Por lo tanto, en principio la solución desembocaría igualmente en la aplicación del derecho norteamericano, como ocurría con el Convenio de La Haya de 1973, siempre parcialmente.

3. La postura del Tribunal Supremo en la aplicación del derecho norteamericano

29. En un primer momento la Audiencia Provincial de Barcelona, que resolvió la apelación, y en un momento posterior el Tribunal Supremo, que resolvió la casación, aceptaron plenamente los razonamientos jurídicos de la sentencia de instancia, aunque la cuantía de las indemnizaciones aumentó considerablemente, con arreglo al derecho norteamericano. El *iter* seguido hasta la casación se puede resumir del siguiente modo:

30. En primer lugar, se determina que existió una

relación de causalidad exclusiva directa entre los defectos de diseño, fabricación e información, del TCAS [...] y el accidente de Überlingen, de julio de 2002, en el

que murieron los familiares de los ahora demandantes, [de modo que quedó claro, para el tribunal, que] el TCAS generó un RA, que no fue seguido por la tripulación del Tupolev, ello debería haber provocado, de haber funcionado correctamente el TCAS, conforme a su diseño, un RA reverso, que no se produjo. Y no se generó un RA reverso a pesar de que se dieron las condiciones teóricas para que se produjera. El RA reverso hubiera evitado sin duda el accidente, y era lo que de él se esperaba. Por tanto, no puede atribuirse la responsabilidad del accidente a la negligencia de terceros. La responsabilidad es exclusiva de las demandadas.

31. En segundo lugar, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se expone que la tripulación del Tupolev no fue la causante del accidente, pues «pocos reproches caben hacer a la tripulación, como han concluido hasta ahora los demás jueces en estos otros procedimientos mencionados». En el mismo pronunciamiento se subraya que tampoco las actuaciones del controlador de vuelo en Suiza fueron las responsables directas del desastre, pues «incluso el mal funcionamiento del Centro de Control Aéreo de Zúrich, gestionado por Skyguide, no fue la causante final de la colisión».

32. Sin embargo el Tribunal Supremo apunta hacia una responsabilidad compartida fundamentalmente entre la empresa Honeywell y ACSS.

En segundo lugar, hay que resolver si la responsabilidad se debe distribuir, no solamente entre los demandados (Honeywell y ACSS), como ha hecho la sentencia recurrida, sino también con los terceros que no hayan sido parte en el pleito, si también contribuyeron en la causación de los daños, como alega la demandada ACSS. Las pruebas practicadas han acreditado que en el Derecho de Arizona está permitido atribuir responsabilidad a un tercero no demandado si los demandantes alcanzaron un acuerdo con ese tercero (lo que no es el caso) «o si el demandado diera notificación antes del juicio, de acuerdo con los requisitos establecidos por dictamen del tribunal, de que la culpa es entera o parcialmente de quien no es parte» (« if the defending party gives notice before trial, in accordance with requirements established by court rule that a nonparty was wholly or partially at fault», A.R.S. 12-2506-B). 5.- En el caso enjuiciado, ha de considerarse, con el Juzgado, que ACSS, en su contestación a la demanda, manifestó que la culpa correspondía tanto a la tripulación del avión ruso como al centro de control aéreo suizo. Los demandantes, en su impugnación del recurso, manifiestan que el mecanismo procesal que debieron utilizar los demandados para cumplir con la previsión legal de Arizona era el del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Sala considera que resultaba suficiente con haberlo manifestado en su contestación a la demanda. Resulta difícil aplicar la regla del Derecho de Arizona a un proceso seguido en España por las diferencias entre uno y otro sistema jurídico, no solo sustantivas sino también procesales. Pero parece razonable entender que la finalidad de la citada regla del Derecho de Arizona es permitir que los demandantes tengan conocimiento de la existencia de otros posibles responsables del daño para dirigir-se también contra ellos y así poder obtener una reparación íntegra, dado que si el

demandado es encontrado responsable solo en parte, responderá en proporción a su porcentaje de responsabilidad. No debe olvidarse que en la mayoría de los casos ese tercero posible responsable del daño es alguien que ha intervenido en la cadena de distribución (el transportista, el almacenista, el montador, el instalador, etc.), que no tiene la condición legal de productor a efectos de la responsabilidad por productos defectuosos y no tiene tampoco una relación de dependencia con el productor que haga a este responsable de sus actos, pero al que el productor puede identificar con una mayor facilidad, pues es posible que la víctima no sea siquiera quien adquirió el producto y se encuentre con serios problemas para identificar a terceros intervinientes en la producción del daño. En el caso objeto del recurso, el contenido de la contestación a la demanda habría permitido a los demandantes dirigir sus acciones contra los demás responsables. Lo cual, por otra parte, ya realizaron, puesto que habían demandado en España a la aerolínea, responsable de la actuación de sus empleados, desgraciadamente fallecidos en el accidente, y también estaban litigando en un proceso administrativo seguido en Suiza contra Anselmo Anton como responsable del centro de control aéreo de Zúrich. En consecuencia, la responsabilidad de ACSS no solo debe compartirse con Honeywell, de modo que de entrada las indemnizaciones por el fallecimiento de los familiares de los demandantes debían dividirse por la mitad, como hizo la sentencia, sino que además la parte resultante de esa partición debe dividirse a su vez por el porcentaje de culpa que se atribuya al fabricante del producto en el accidente. La Sala considera razonable fijar dicho porcentaje de responsabilidad en un 50 %, puesto que la responsabilidad del centro de control aéreo suizo fue de una gravedad similar: en ambos casos se trataba de elementos que debían haber impedido la producción de la colisión aérea, en ambos casos no cumplieron adecuadamente su función y en ambos casos, si hubieran funcionado adecuadamente, la colisión habría sido evitada. La consecuencia de lo expuesto es que procede la estimación del motivo y, en consecuencia, la cantidad en que resulte fijada la indemnización procedente debe dividirse inicialmente por dos, al ser dos las fabricantes del producto demandadas, como hizo la sentencia recurrida, y reducir la parte que corresponda a ACSS en un 50 %.

33. En definitiva, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a las empresas norteamericanas fabricantes del sistema TCAS a pagar entre 3 y 11 millones de dólares a cada una de las 30 familias afectadas que se habían personado en esta causa como demandantes. A grandes rasgos, la Audiencia Provincial de Barcelona concedió indemnizaciones 15 veces superiores a las que había determinado el Juzgado de Primera Instancia. Las demandadas debían abonar, en total, unos 66 millones de dólares, más las costas procesales del recurso de apelación.

34. Y en la casación, el Tribunal Supremo confirmó el fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona con ciertos cambios. En particular, el Tribunal Supremo aplicó el derecho de Arizona de un modo distinto a como lo hizo la Audiencia Provincial de Barcelona. En concreto, el Tribunal Supremo indicó que

No debe olvidarse que, al contrario de lo que ocurre cuando hay que aplicar el Derecho vigente en España (sea Derecho interno, sea Derecho de la Unión Europea, sean normas de Derecho Internacional que hayan pasado a formar parte del Derecho interno), en el caso de aplicación de Derecho extranjero por remisión de la norma de conflicto, la determinación del contenido de este Derecho es tratado por el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como una cuestión de hecho y, en consecuencia, si determinados extremos del Derecho extranjero no resultan adecuadamente fijados en el litigio, deben aplicarse las reglas de la carga de la prueba. La infracción legal ha de apreciarse en relación al Derecho extranjero tal como este haya quedado fijado en el litigio, y en este proceso ha quedado probado que el Derecho de Arizona prevé la distribución de la responsabilidad entre quienes han participado en la causación del daño, pero no ha resultado suficientemente probado que, como pretenden los demandantes, el fabricante deba asumir toda la responsabilidad pese a que el daño haya sido provocado conjuntamente por el defecto del producto y por la conducta antijurídica atribuible a terceros.

4. Conclusiones

35. Por todo lo expuesto, se observa que el Tribunal Supremo resuelve un asunto muy interesante, porque presenta múltiples perfiles que posibilitan profundizar en aspectos diferentes del DIP. En este trabajo en concreto, en el plano del derecho aplicable a un supuesto de derecho de daños internacional. El estudio del mismo permite formular las siguientes conclusiones.

36. En primer lugar, el espíritu con el que se diseñó el Chaya 1973, visto como un sistema equilibrado que proteja a los usuarios y consumidores, sin que los productores y proveedores resulten perjudicados o atemorizados en el desarrollo de sus actividades, como puede ocurrir con el sistema implementado en los Estados Unidos. Se trata entonces de desarrollar una normatividad que refleje un esquema de responsabilidad objetiva, acompañado de incentivos para que el progreso tecnológico sea una realidad.

37. En la actualidad el antiguo aforismo romano *caveat emptor* vs. teoría de la comercialización, ¿qué principio gana? Por lo que, en segundo lugar, con todo lo expuesto se observa que es de trascendental importancia confeccionar una estrategia de mercado por parte de las empresas fabricantes de productos que se comercializan con carácter planetario. Es esencial que esa estrategia de mercado les permita saber *a priori* cuál va a ser el órgano jurisdiccional competente para conocer de una posible controversia, y cuál va a ser el derecho estatal aplicable a la misma. El empresario-fabricante debe asesorarse jurídicamente por expertos en DIP y litigación internacional para «limitar el número de países en los que puede ser demandado». Es muy tentador convertir al planeta en un gigantesco pero único mercado (más ventas, más clientes), pero luego llegan las sorpresas: te pueden demandar en países imprevisibles y la responsabilidad civil del fabricante se puede ver sujeta a leyes de imprevisible aplicación.

38. En tercer lugar, aunque es una realidad que en ocasiones es tarea imposible prever dónde un producto puede causar un daño, ante esta incertidumbre previa, dependiendo de qué instrumento legal internacional sea aplicable al supuesto, se llegará a una conclusión u otra. En el ámbito de la ley aplicable en este supuesto, ha sido aplicado un instrumento legal internacional: el Convenio de La Haya de 1973, que conduce finalmente a la aplicación de una misma ley estatal para dar solución a la controversia: la ley norteamericana.

La cuarta conclusión se resume en que en el Convenio de La Haya de 1973, las empresas que comercializan productos en todo el mundo están sujetas básicamente a dos reglas: a) *lex loci* para las víctimas que tienen su residencia habitual en dicho país. Si una empresa vende productos a destinatarios con residencia habitual en un Estado «1» no se puede extrañar de que la ley de ese Estado 1 sea aplicable a su responsabilidad civil, consecuencia de daños derivados de sus productos que perjudican a los que residen habitualmente en un Estado 1: esta regla es lógica y justa. b) Ley de la residencia habitual del fabricante si el daño se produce en un Estado 1 y las víctimas tienen su residencia habitual en otro estado que no sea ese Estado 1; atención: se exige que el producto haya sido comercializado en dicho Estado (siempre que la víctima elija litigar con arreglo a dicha ley): esta regla es justa y lógica. Quien comercializa en todo el mundo está sujeto a la *lex loci*, pero solo respecto de víctimas que tienen su residencia habitual en dicho Estado, para los demás, la empresa está sujeta a la ley de su sede (solución que es muy similar al art. 4.1 Reglamento Roma I: el vendedor vende con arreglo a su propia ley: «el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual», de este modo le ahorra costes). En casos de comercio mundial y víctimas el fabricante está sujeto a la responsabilidad civil fijada en su propia ley. Ojo: el que no comercializa en un país, pero resulta que sus productos se difunden en dicho país y allí causan daños, está sujeto a su propia ley de su sede: artículo 7 del convenio: por eso es importante dejar claro hacia qué países se quiere dirigir, es decir, comercializar el producto. El problema surge cuando se comercializa a un nivel global.

39. Por esta razón, ¿era previsible que el producto fabricado por las empresas norteamericanas se encontrara en Alemania, España o cualquier otro país en el momento del accidente? Se deberá atender a las circunstancias concretas de este caso para saber si la norma que contempla el Convenio de La Haya de 1973 cumple con el objetivo de previsibilidad. Ahora bien, una empresa que comercia con aviones que vuelan por todo el mundo no se debe extrañar si el daño se produce en España, en Alemania, en los Estados Unidos o en cualquier parte del mundo. De ahí que la estrategia de comercialización sea fundamental: prever cuáles serán los órganos jurisdiccionales que conocerán del asunto en caso de controversia, y saber cuál va a ser el derecho estatal aplicable al mismo.

40. Quinta conclusión. La adecuación de los puntos de conexión de la norma internacional que regula estos supuestos. El lugar donde se produce el daño es sin duda un importante contacto, aunque surjan casos en los que este lugar esté situado en un estado que no tenga ninguna otra conexión con las partes. El artículo 4 del Convenio de La Haya

añade tres puntos de conexión que se deben encontrar en ese Estado (donde se ha producido el daño), ya que, de lo contrario, la aplicación de su DIP podría considerarse arbitraria.

41. Sexta conclusión. La comercialización es la clave para interpretar el Convenio de La Haya de 1973. Toda la escala de conexiones del Convenio de La Haya de 1973 depende de qué se entiende por «comercialización». Este será el concepto clave, pero el convenio no aporta un claro concepto de lo que es la «comercialización». «Comercialización» significa poner en el comercio. A veces un producto llega a un país, pero no ha sido «puesto en el comercio de dicho país» por su fabricante. El Convenio de La Haya de 1973 nada dice sobre el momento en el que el producto debe haber estado disponible, a través de los canales comerciales, en el Estado en cuestión, con la finalidad de hacer que la ley aplicable cumpla con el requisito de previsibilidad. El requisito se cumpliría en un contexto en la que era razonablemente previsible que el producto se encontrara en el Estado en el momento de la lesión. Si el producto se encontraba allí antes de la lesión, pero no era previsible que siguiera estando allí en el momento en el que se produce la misma, se dejaría de cumplir con el requisito de previsibilidad de esta norma. Todo esto dependerá de las circunstancias propias de cada caso.

Referencias bibliográficas

- Calvo-Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J. (Dir.). (2018). *Derecho internacional privado*. (18.ª ed., Vol. II.). Comares.
- Carrascosa González, J. (2013). Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español. En M. J. Herrador Guardia (Dir.), *Derecho de daños*.
- Cavers, D. F. (1978). The Proper Law of Producers Liability. En *Contemporary problems in the Conflict of Laws. Essays in Honour of J.H.C.Morris*. Leyden, Sijthoff.
- Cavers, D. F. (1979). The proper law of producer's liability. En *Contemporary problems in the conflicts of laws. Essays in honor of Johan Hum-Tebbens. International product liability. A study of comparative and international legal aspects of products liability*. Alphen aan der Rijn.
- Cavin, P. (1972). La convention sur la loi applicable à la responsabilité de produits (Conférence de La Haye). *ASDI*, XXVIII, 44-60.
- Dutoit, B. (1989). La lex loci delicti a travers le prisme des deux conventions de La Haye sur les accidents de la circulation routiere et la responsabilité du fait des produits. En *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria de Mario Giuliano* (pp. 417-434). Cedam.
- Fallon, M. (1982). *Les accidents de la consommation et le droit*. Bruylant.
- Fawcett, J. J. (1993). Products Liability in Private International Law, A European Perspective. *RCADI*, 238, 9-246.
- Guzmán Peces, M. (2011). La coordinación de normas de fuente internacional e institucional: la responsabilidad del fabricante

- por productos defectuosos. *AEDIP*, 11, 695-716.
- Hernández Rodríguez, A. (2012). Accidentes aéreos y forum non conveniens. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4(2), 307-321.
- Herranz Ballesteros, M. (2009-2010). Tema 6: El Reglamento 864/2007, de 11 de julio, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). *Curso virtual. Un estudio sistemático del espacio judicial europeo en materia civil y mercantil*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Red Europea de Formación Judicial (REFJ).
- Illmer, M. (2009). The New European Private International Law of Product Liability - Steering Through Troubled Waters. *RabelsZ*, 2, 269-313.
- Kozyris, P. J. (1990). Values and methods in choice law for products liability. A comparative comment on statutory solutions. *AJCL*, XXXVIII, 475-509.
- Lorenz, W. (1993). Das außervertragliche Haftungrecht der Haager Konventionen. *RabelsZ*, 175-206.
- Lupone, A. (1985). Conflitti di leggi e di giurisdizione nella disciplina statunitense e comunitaria della responsabilità del produttore. *Comunicazioni e Studi*, XVII-XVIII, 733-821.
- Maddox, J. R. (1985). Products liability in Europe, Towards a régime of strict liability. *JWTL*, 19, 508-521.
- Miláns del Bosch Portolés, I. (1990). *La determinación de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual por daños derivados de los productos*. La responsabilidad internacional. XIII jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Alicante, 1989, pp. 433-461.
- Palao Moreno, G. (2010). *Product Liability: jurisdiction and applicable law in cross-border cases in the European Union* (pp. 45-65). ERA Forum.
- Rodríguez-Ploss, B. (1989). Perspectivas jurídicas europeas en materia de responsabilidad civil de productos. *AC*, 37, 2885-2896.
- Salvador Coderch, P. (2004). *Guía InDret de jurisprudencia sobre responsabilidad de producto*. (4.ª ed.). InDret.
- Salvador Coderch, P., Ramos González, S., Luna Yerga, A. y Ruiz García, J. A. (2003). El derecho español de daños hoy: características diferenciales. *Global Jurist Topics*, (3)2.
- Sauveplanne, J. G. (1985). Consumer Protection in Private International Law. *NILR*, XXXII, 100-122.
- Seuba Torreblanca, J. C. (2005). Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la propuesta de Reglamento «Roma II». *Indret*, 1/2005.
- Torralba Mendiola, E. (1997). *La responsabilidad del fabricante (aplicación de la Ley extranjera y normativa comunitaria)*. Marcial Pons.
- Viñas Farré, R. (1990). *Algunas consideraciones acerca de las normas materiales y las normas de conflicto de leyes en materia de responsabilidad derivada de los productos*. La Responsabilidad Internacional. XIII jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1989, Alicante, pp. 463-471.
- Zabalo Escudero, E. (1991). La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en el Derecho internacional privado español. *REDI*, XLIII, 75-107.

Autorización para la difusión de una imagen privada

Comentario a la STS de 20 de abril de 2021

Casto Páramo de Santiago
Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La actora no autorizó la difusión de su imagen, sino que esta fue apropiada de plataformas digitales. El titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. El consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión. De la misma manera debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia. Tampoco el permiso de uso otorgado a una persona determinada se extiende a otros posibles destinatarios. En definitiva, hay que entender que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada. Las circunstancias deben ser ponderadas y no fueron valoradas por la sentencia recurrida, que utilizó un criterio derogado para valorar el daño y otro carente de significación jurídica.

Palabras clave: derecho a la propia imagen; indemnización; criterios para su determinación.

Fecha de entrada: 09-05-2021 / Fecha de aceptación: 27-05-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de mayo de 2021).

Los hechos que dan lugar a la demanda presentada son los siguientes. La demandante, actriz y modelo, presenta demanda de vulneración del derecho a la propia imagen por haber publicado, sin su consentimiento, el medio de difusión demandado una galería de imágenes en la que aparece desnuda y en lencería, solicitando por la intromisión ilegítima una indemnización de 50.000 euros.

El demandado interesó la desestimación de la demanda. El juzgado de 1.^a instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a la indemnización solicitada, a no volver a utilizar en el futuro la imagen de la demandante y a que el medio demandado publicara el fallo en su página web.

El demandado interpuso recurso de apelación, dictando la sección de la audiencia provincial sentencia estimando parcialmente el recurso y revocando la sentencia de instancia en el resarcimiento económico, que redujo a 10.000 euros, considerando que no puede valorarse el daño moral mediante prueba objetiva, sino que deberá ponderarse de acuerdo con las circunstancias del caso y los criterios jurisprudenciales, y de acuerdo con el artículo 9.3, teniendo en cuenta que la publicación del reportaje cesó cuando el demandado fue requerido para ello, sin que conste que haya obtenido beneficios notablemente superiores por la publicación de las imágenes que no consintió la actora, que valoró de acuerdo con las circunstancias en la cantidad de 10.000 euros. La actora recurrió en casación por vulneración del artículo 9.2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El artículo 9.2 y 3 dispone:

2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición

del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos. Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Constituye doctrina constante de esta sala que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que «no se hubiera atendido a los criterios que establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción».

En este sentido puede mencionarse la STS 719/2018 (NCJ063727), de 19 de diciembre, que afirma que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que no se hubiera atendido a los criterios legales que establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción.

Por ello la valoración que pudiera hacer el tribunal de casación de las pruebas de la instancia podría efectuarla a través del recurso por infracción procesal (art. 469 1.4.º de la LEC y vulneración del artículo 24.1 de la CE, por error patente o arbitrariedad en la valoración o si la concreta prueba tasada hubiera sido valorada de manera arbitraria o ilógica).

Por otro lado, como síntesis de la doctrina del Tribunal Supremo relevante sobre la materia, la sentencia 261/2017 (NCJ062397), de 26 de abril, expone que

el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es la aplicable dada la fecha de los hechos, dispone que «la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará aten-

diendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma».

Esta sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 3303/2012, que dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, «a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014 [NCJ058259], de 22 de enero)». Se trata, por tanto,

de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio.

La Sala Civil del Alto Tribunal ha afirmado también que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico, y en este sentido la STS 386/2011, de 12 de diciembre, expone que

según la jurisprudencia de esta sala (SSTS de 18 de noviembre de 2002 y 28 de abril de 2003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1. y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC 186/2001, FJ 8). (STS 4 de diciembre de 2014, rec. núm. 810/2013).

La sentencia 512/2017 (NCJ062769), de 21 de septiembre, declara que una indemnización simbólica, en función de las circunstancias que concurren, tiene un efecto disuasorio inverso y dice que

no disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor, puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido, sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa.

No obstante, cuando el recurso se funda en circunstancias no cuestionadas y acreditadas en las instancias, que no son valoradas jurídicamente, se vulnera el artículo 9.2 de la mencionada en la citada ley orgánica.

La decisión de la Audiencia Provincial se fundamenta en normativa derogada, como sucede al valorar el beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma, así como en criterios carentes de significado jurídico, como es la retirada del reportaje cuando fue requerido para ello.

En ese momento el perjuicio para la demandante ya se había producido, sin el consentimiento de la actora, y vulnerando el derecho fundamental a la propia imagen. Además, tampoco valora de manera concreta las circunstancias del caso.

En este sentido no se toman en consideración aspectos importantes no valorados en la sentencia recurrida, de acuerdo con el artículo 3 de la ley orgánica, como son la naturaleza de las fotografías consistentes en desnudos y posados en ropa interior, la apropiación de las fotos de manera gratuita e ilegítima de otras plataformas para disponer de su imagen, dándoles un destino distinto al querido por la demandante, con el perjuicio consiguiente a los efectos de su carrera profesional, la difusión de las mismas sin el consentimiento de la actora, y sin tener en consideración el número de personas que accedieron a la web, más de 100.000 personas, y finalmente el hecho de que la empresa difusora fuera consciente de su antijudicialidad, utilizando las imágenes obtenidas ilegítimamente en provecho propio y en perjuicio de la recurrente.

No puede tenerse en consideración para minorar la indemnización el hecho de que cuando fue requerida para ello retirara el reportaje, al verse consumado la lesión del derecho fundamental, revelando que era consciente de su proceder y que no podía ampararse en la libertad de información. Por otro lado, indemnización debe, en estos casos, desincentivar conductas como la de la demandada, a los efectos de evitar que compense publicar imágenes ajenas sin autorización.

En conclusión, la sentencia del Tribunal Supremo, tomando en consideración la doctrina reiterada, estima el recurso de casación interpuesto, anulando la sentencia dictada en apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

Incompatibilidad de la custodia compartida con actos de violencia de género

Comentario a la [STS de 29 de marzo de 2021](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La denegación de la guarda o custodia compartida se produce por existir un proceso penal y por los indicios de violencia de género, luego constatados por la sentencia condenatoria. No hay meras desavenencias entre los progenitores, o excesos verbales e incidentes puntuales. El comportamiento del progenitor paterno ha sido prolongado en el tiempo y sancionado penalmente; se ha desarrollado delante de la hija, demostrando el menosprecio del padre hacia la madre, generándose un clima altamente negativo desde el punto de vista emocional y violento. Además, la sentencia condenatoria acuerda el alejamiento. Todo ello impide aplicar la doctrina proclive a la guarda y custodia compartidas.

Palabras clave: divorcio; custodia compartida; violencia de género; condena penal.

Fecha de entrada: 08-05-2021 / Fecha de aceptación: 27-05-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 30 de mayo de 2021).

El interés de esta sentencia reside en el compendio que se hace de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida. En este caso, el progenitor está incurso en un proceso penal. Hay referencias a las normativas autonómicas que contemplan la causa penal como circunstancia de denegación de la custodia compartida; incluso las alusiones a los indicios son importantes. De ahí que no se entienda bien la revocada sentencia de la audiencia provincial cuando existe esa doctrina consolidada y un artículo claro, el 92.7 del CC, que nos dice:

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Tampoco, como se dirá después, que se ampare en un proceso penal en curso sin medidas cautelares, como argumento; ni siquiera el de invocar el informe psicotécnico, no abiertamente contrario, pero sí desaconsejando la custodia compartida hasta que se aclare el panorama penal.

El recurso de casación menciona la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, y la exposición de las distintas sentencias, las más recientes, nos ilustra suficientemente. Porque hemos pasado de una denegación casi automática a una contemplación de la misma con tintes de normalidad, pues con normalidad se ve que el padre, al igual que la madre, comparta los tiempos, los derechos y las obligaciones con los hijos comunes. Al fin y al cabo, la patria potestad pertenece a los dos y esa comunión expande en su ejercicio la corresponsabilidad de los padres. Se dice frecuentemente que las desavenencias entre ellos nos son causa para eludir la compartida, los tribunales de justicia exigen un conjunto de pruebas o de elementos definidores. Muchas veces, por ejemplo, se solicita un plan de parentabilidad, porque lo lógico es que quien pretenda su ejercicio compartido demuestre sus posibilidades, bien por sí mismo, bien con la ayuda de la familia, bien con sus propios medios o complementados con los ajenos. Recurrir, además, al informe del equipo psicosocial tampoco es una exigencia del derecho, sino una posibilidad, pues en el artículo 92.9 del CC está la posibilidad de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde el dictamen de los especialistas cualificados, «relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de los menores».

En la práctica, sucede, cuando no es fácil pronunciarse, que se pida el referido informe, pero sin perder la perspectiva de que ese informe no ha de ser necesariamente vinculante. Por ello, la jurisprudencia nos dice que para apartarse de los dictámenes de los equipo técnicos debe dictarse una resolución motivada, precisamente porque son técnicos y su cualificación suple el defecto de conocimientos del juez y de las partes. Pero, en fin, a lo largo de del comentario, no solo hacernos referencia a la sentencia del Supremo, sino que iremos ilustrando sobre estas y otras cosas concomitantes sobre la custodia compartida; porque, no obstante centrarse la sentencia en un supuesto de indicios o de causa penal –habiendo so-

licitado el fiscal la suspensión de la tramitación de la admisión del recurso hasta que conste el pronunciamiento penal-, la perfecta individualización de la figura, que ha alcanzado hoy la normalidad propia que exige su interpretación con arreglo a los tiempos en que vivimos, nos pide completar el comentario con una exposición completa de su contenido. Al fin y al cabo, como dice la STS de 2 de julio de 2014, rec. núm. 1937/2013, con la compartida

lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta para revocar una sentencia de esta naturaleza, y con tal pronunciamiento favorable a la compartida, lo siguiente: si responde al interés de la menor (STS de 14 de octubre de 2015; STS de 2 de julio de 2014, sobre la interpretación de los artículos 92.5, 6 y 7 del Código Civil); o valorar, en función de una serie de circunstancias personales, sociales, familiares, etc. que la hagan aconsejable. También resulta conveniente no olvidar que muchas veces cuando se recurre, en los recursos en los que se discute la guarda y custodia solo puede examinarse si el juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia recurrida, porque «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS de 30 de diciembre de 2015, rec. núm. 415/2015; 614/2009, de 28 septiembre; 623/2009, de 8 octubre; 469/2011, de 7 julio; 641/2011, de 27 septiembre; 154/2012, de 9 marzo; 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio, y 323/2012, de 21 mayo;). Si la motivación no es arbitraria, no se quiebra el artículo 24 de la CE (Sentencia de 25 de abril de 2014). La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS de 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). Es decir, que el Tribunal Supremo casa la sentencia porque la audiencia ha valorado mal el interés y se ha vulnerado así la doctrina de manera clara; porque, de lo contrario, en estos asuntos de guarda y custodia compartida, como se ha dicho, hay limitaciones a la revocación.

Y cuando nos referíamos anteriormente a la importancia de la prueba psicosocial, lo decíamos amparándonos, una vez más, en la jurisprudencia:

La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre, por otro lado, dijo que el juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el art. 348 LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete «las reglas de la sana crítica, podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente». (S 13-2-2015, n.º 47/2015, rec. 2339/2013). Y es así, como que apartarse del informe su razonamiento puede suponer revocar la sentencia. Al respecto, nos basta con la siguiente sentencia del TS

Sala 1.^a, sec. 1.^a, S 23-7-2018, n.º 482/2018, rec. 5231/2017, nos recuerda «cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse este sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como la obrante en autos».

Aclarado lo anterior, entramos en la materia propia de la reciente sentencia de 29 de marzo de 2021. Por lo que aquí interesa, la demanda fue de divorcio con petición de custodia exclusiva para la madre (entre otras solicitudes y medidas). La niña tenía 7 años de edad. En primera instancia, se accede a la custodia materna, denegando el juzgado la compartida «con el argumento de la situación de grave de conflicto existente entre los progenitores, materializada en varias denuncias interpuestas entre ellos y que han dado lugar a una serie de procedimientos penales todavía no resueltos, situación de tensión que, si bien no trasladada a la menor, hace inviable, al menos mientras no se resuelven los procedimientos penales abiertos, el ejercicio de la guardia y custodia compartida. Pero obsérvese, y esto nos parece importante por lo que hemos dicho más arriba sobre el informe psicosocial: «El informe psicosocial, razona la sentencia, parece inclinarse por la custodia compartida, si bien condicionada a la resolución del procedimiento penal que se encontraba en curso». Es decir, que el juzgado de primera instancia se guía por el informe y, no obstante no desaconsejarla, se inclina por el criterio de negarla por la existencia del conflicto de las denuncias respectivas y, sobre todo, porque aún están en trámite los procesos penales. Se supone que debe motivar las causas de denegación, amparándose en la problemática existente entre los progenitores y en el proceso penal en trámite. Pero conviene recordar que, amparándose en ese informe, pudieran encontrarse argumentos a favor de la compartida.

Recurrida en apelación la sentencia, curiosamente la audiencia la concede y revoca parcialmente la sentencia de instancia. La razón que esgrime la sala es que la custodia de los dos padres concilia mejor con el «interés de la menor» y el informe no está en contra de ella. El argumento que permite otorgarla, a pesar del procedimiento penal en marcha es que, con respecto a él,

pendiente por delito de vejaciones injustas y maltrato psíquico en el ámbito de la violencia de género, no había condena penal, solo indicios racionales de delito, y que no se habían adoptado medidas cautelares. El resultado de dicho procedimiento no tenía que influir en las relaciones padre e hija. En definitiva, se concluyó que la regla general es la custodia compartida, por la que además se inclina el informe psicosocial.

Vemos, por consiguiente, que los mismos precios que se pudo esgrimir por el juzgado de primera instancia («interés de la menor») y el dictamen del equipo técnico nos llevan a una conclusión diferente, cuando, en realidad, la disimilitud radica en que los indicios penales, sin medidas cautelares, no parecen ser suficientes. Ese interés de la menor se amparará, como siempre en estos casos, en lo tantas veces repetido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en especial, en lo que remarca la de 25 de abril de 2018, cuando afirma:

Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los me-

nores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 de mayo; 124/2002, de 20 mayo; 144/2003, de 14 julio; 71/2004, de 19 abril; 11/2008, de 21). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con ese principio, el art. 92 del Código Civil regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios:

- a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para hijos y
- b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del juez debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos.

Pues bien, contra esa sentencia de la audiencia se interpone recurso de casación, y sucede que durante la sustanciación del mismo recae sentencia penal, concretamente se dicta por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Cáceres, la Sentencia 191/2019, de 3 de octubre, firme y condenatoria para el padre, describiéndose en los hechos probados las vejaciones e insultos constantes del padre hacia la madre, con un control continuo de sus movimientos, condicionando claramente su libertad y su dignidad. La condena fue la siguiente:

La pena de un año y ocho meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la denunciante, de su domicilio y de su lugar de trabajo y de comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de tres años. Igualmente se condenó al demandado, por un delito continuado de vejaciones injustas, a la pena de dos meses de multa a razón de cuatro euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria y prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la demandante, de su domicilio, de su lugar de trabajo y de comunicar con ella por cualquier medio durante seis meses y un día.

El recurso de casación solo podía fundarse en la infracción de la doctrina sobre un caso similar, invocándose expresamente el artículo 97.7 del CC (ya transcrito), según el cual no procede la guarda conjunta cuando uno de los progenitores está incurso en causa penal por alguno de los delitos que se mencionan en el precepto y también cuando existen indicios «fundados de violencia doméstica»; bien es cierto que, en este caso, el juez debe advertir ese episodio a resultas de las pruebas o de las alegaciones de las partes. Llama poderosamente la atención que a pesar de un artículo con una redacción tan clara, la audiencia permitiera la custodia compartida, sabiendo como sabía que existían los indicios aunque no hubiera condena y que el proceso penal estaba pendiente. Pero el caso es que es así,

y evidentemente el Tribunal Supremo va a corregir el error tras la exposición, no solo de la jurisprudencia reiterada, sino de la normativa estatal y autonómica. De ahí la importancia de esta reciente sentencia, porque recuerda y actualiza los criterios más inatacables sobre los indicios de violencia, y nos ilustra, además, con el compendio legal que paso a reiterar: Se mencionan, por tanto, el artículo 233.11.3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que establece que:

En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

El artículo 3.8 de la Ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra, norma que señala:

No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:

- a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas.
- b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos.

También el artículo 80.6 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, que dispone:

No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

También el artículo 11.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores norma:

No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.

Tras una exposición sucinta de toda la doctrina a favor de la custodia compartida, que debe ser vista con normalidad y donde ni siquiera los desencuentros entre los padres son causa suficiente para denegarla, porque se entiende que si se separan o divorcian es precisamente por la falta de sintonía y de adecuada convivencia, siempre que la tensión no exceda de «un nivel superior propio al de situaciones de crisis matrimonial» (STS de 16 de octubre de 2014, rec. núm. 683/2013; 433/2016, de 27 de junio, y 409/2015, de 17 de julio; 242/2018, de 24 de abril); una doctrina que damos por reproducida, debiendo orientar nuestra lectura para su conocimiento a la sentencia que estamos comentando; tras esa exposición, como decimos, el Tribunal Supremo se adentra en los motivos que tiene para revocar la sentencia de la audiencia, dando la razón a la de 1.ª instancia. Razones que se sustentan en la valoración de las circunstancias concurrentes.

La denegación de la guarda o custodia compartida se produce, en definitiva, por existir un proceso penal y por los indicios de violencia de género, luego constatados por la sentencia condenatoria. No hay meras desavenencias entre los progenitores, o excesos verbales e incidentes puntuales. El comportamiento del progenitor paterno ha sido prolongado en el tiempo y sancionado penalmente; se ha desarrollado delante de la hija, demostrando el menosprecio del padre hacia la madre, generándose un clima altamente negativo desde el punto de vista emocional y violento. Además, la sentencia condenatoria acuerda el alejamiento.

Todo ello impide aplicar la doctrina proclive a la guarda y custodia compartidas. Es por ello que la sentencia del Tribunal Supremo no pueda dejar de recordar la de n.º 350/2016, de 26 de mayo, en un caso de violencia doméstica, hemos señalado:

Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente (en el mismo sentido, la 23/2017 [NCJ062166], de 17 de enero).



Bienvenida sea la nueva regulación de la figura del convenio. Una pequeña reflexión sobre la dimensión institucional de la misma con especial referencia al régimen jurídico de la causa de resolución unilateral como ejemplo de su especial naturaleza jurídica

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

Doctor en Derecho

Subdirector general de régimen jurídico y personal de la Secretaría General Técnica.

Vicealcaldía del Ayuntamiento de Madrid

lgiraldes@hotmail.es | <https://orcid.org/0000-0001-5129-3403>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

El presente trabajo analiza la figura del convenio de colaboración desde una perspectiva dogmática y doctrinal, en la creencia de que el derecho es una construcción técnica y como tal presenta una estructura teórica que aporta criterios de solución de los problemas jurídicos prácticos. Se analiza la figura del convenio desde el punto de vista de la teoría institucional del derecho, que aporta elementos sustantivos para el análisis jurídico. También se ponen a prueba las conclusiones a las que se ha llegado, ofreciendo para el análisis un supuesto práctico especialmente extremo, cual es la resolución unilateral del convenio, luciendo especialmente en este supuesto las características y contornos institucionales que se han ofrecido, tratando de demostrar la dimensión práctica de las construcciones teóricas.

Palabras clave: convenio de colaboración; resolución unilateral; indemnización por daños y perjuicios.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2021

Cómo citar: Giraldes Gutiérrez, L. S. (2021). Bienvenida sea la nueva regulación de la figura del convenio. Una pequeña reflexión sobre la dimensión institucional de la misma con especial referencia al régimen jurídico de la causa de resolución unilateral como ejemplo de su especial naturaleza jurídica. *Revista CEFLegal*, 245, 57-84.



Welcome the new regulation of the public agreement. A small reflection on the institutional dimension thereof with a special reference to the cause for unilateral termination legal regime as an example of its special legal nature

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

Abstract

This work analyzes the figure of the collaboration agreement from a dogmatic and doctrinal perspective, in the belief that the law is a technical construction and as such presents a theoretical structure that provides criteria for the solution of practical legal problems. The institution of agreement is analyzed from the point of view of the institutional theory of law, which provides substantive elements for the legal analysis. The conclusions that have been reached are also put to the test, offering for the analysis a particularly extreme practical assumption, which is the unilateral resolution of the agreement, showing especially in this assumption the characteristics and institutional contours that have been offered, trying to demonstrate the practical dimension of the theoretical constructions.

Keywords: collaboration agreement; unilateral termination; compensatory damages.

Citation: Giraldes Gutiérrez, L. S. (2021). Bienvenida sea la nueva regulación de la figura del convenio. Una pequeña reflexión sobre la dimensión institucional de la misma con especial referencia al régimen jurídico de la causa de resolución unilateral como ejemplo de su especial naturaleza jurídica. *Revista CEFLegal*, 245, 57-84.



Sumario

1. Introducción
 2. Breves consideraciones históricas. De una figura residual a una categoría sustantiva del derecho administrativo
 3. Principales rasgos caracterizadores del convenio de colaboración
 4. ¿Podemos decir que el convenio es una institución del derecho administrativo?
 - 4.1. Consideraciones introductorias previas
 - 4.2. ¿Podemos decir que el convenio es una institución del derecho administrativo?
 - 4.3. Consecuencias jurídicas prácticas de que el convenio sea una institución
 5. Ponemos a prueba la dimensión institucional del convenio. Un supuesto práctico: La resolución unilateral del convenio
 - 5.1. Planteamiento del problema
 - 5.2. Análisis de la regla jurídica. Causa de resolución del convenio
 - 5.3. Sobre el carácter subsidiario de la causa de resolución
 - 5.4. Procedimiento para canalizar la resolución por incumplimiento
 - 5.5. Valoración de la argumentación realizada
 - 5.6. Consideraciones finales
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



Una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva transformada en una obra social por un fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas.

Maurice Hauriou (2003)

1. Introducción

Los convenios de colaboración constituyen instrumentos jurídicos habituales en el tráfico jurídico administrativo¹; sin perjuicio de su frecuente uso, este instrumento jurídico no ha recibido interés por parte del legislador hasta hace bien poco². En concreto, ha sido necesario esperar al año 2015 para encontrar una regulación completa de la figura³; esta circunstancia supone que a la luz de la nueva regulación surgen nuevas dudas y controversias que se hace necesario aclarar y delimitar adecuadamente.

La idea de redactar el presente trabajo nace de dudas de tipo práctico que he tenido que analizar en los últimos meses en mi ámbito profesional. De las mismas he visto una oportunidad de estudio de un supuesto que, para mí, ha sido de gran interés y agrado. En concreto, el régimen jurídico de la resolución unilateral de los convenios de colaboración. Si bien parece una cuestión sencilla de tratar, creo que merece un análisis de cierta profun-

¹ Martin Retortillo (2007, p. 397) señala: «En definitiva, es técnica de administrar, que en su misma singularidad resulta obligado considerar, habida cuenta que constituye el cauce habitual, y cada vez más frecuente, en el proceder de las distintas administraciones públicas».

² García de Enterría y Fernández Rodríguez (2000, p. 667) dicen que «se trataría de una técnica de administrar, en el sentido jurídico de esta expresión, y no de intercambiar prestaciones patrimoniales. Laubadere propuso por eso para esta figura el nombre, no desprovisto de equívocos, de "contratos o conciertos de administración", en el sentido funcional y no subjetivo de este término; la Administración no trata aquí de proveerse de bienes y servicios, sino que directamente administra a través de convenios». También Cosculluela Montaner (2002).

³ En concreto el capítulo VI del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP) (arts. 47 y ss.), que lleva por rúbrica «De los convenios». Debe significarse que esta regulación tiene carácter básico.

dididad para exponer todos los contornos que rodean a este tema, y que van más allá de la literalidad de la ley; por otro lado, surge la oportunidad de hacer una reflexión de radio más extenso sobre la figura del convenio de colaboración.

El derecho es una ciencia social o del espíritu⁴, y como tal tiene unos mecanismos propios para abordar los problemas «jurídicos». Por el ello, el análisis jurídico debe ser racional y conforme a los criterios de la ciencia jurídica, para lo cual es aconsejable esbozar el origen de la regulación objeto de análisis, viendo sus puntos de inflexión, construyendo, si se puede, categorías que permitan subsumir la problemática de tipo práctico. En definitiva, hacer uso de la dogmática jurídica para argumentar en derecho⁵.

Por otro lado, la Administración es una organización compleja, que nuestro sistema jurídico-político pone a disposición de los gobernantes legítimamente elegidos, para implantar y desarrollar políticas públicas⁶. Si bien es cierto que la Administración sirve con «objetividad los intereses generales» (art. 103.1 de la Constitución de 1978), no lo es menos que la delimitación de esas líneas de actuación le corresponde al titular del poder ejecutivo, elegido en elecciones democráticas por medio de la pugna entre organizaciones políticas (partidos políticos) rivales que exponen sus programas y soluciones a la colectividad⁷. Por ello, la Administración sufre encuentros y desencuentros, cambios de gobierno y de equipos directivos programados o bruscos (por ejemplo, una moción de censura). Esos cambios someten a revisión las decisiones que han tomado los responsables públicos anteriores, al entender los nuevos que no deben estar vinculados por las decisiones que les preceden. Las decisiones que se toman en el seno de la Administración presentan una doble dimensión, a saber, jurídica y política, ya que, no lo neguemos, la Administración es un instrumento de acción política (el más potente que existe), siendo legítimo que tengan esa doble dimensión. He de confesar que existe un cierto recelo en la Administración para hablar de política

⁴ Kelsen (2011, p. 48) dice: «La ciencia jurídica es una ciencia del espíritu, y no una ciencia de la naturaleza [...]. Lo que es innegable es que el derecho, considerado como norma, es una realidad espiritual y no una realidad natural».

⁵ Schmidt-Assmann (2003, p. 7) dice: «La función dogmática consiste en resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, por referencia o relación a un sistema, las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan».

⁶ Schmidt-Assmann (2003, p. 111) dice: «Desde el punto de vista institucional, el Ejecutivo está legitimado en la medida en que la Constitución determina su posición y su función como órgano, un órgano especial dentro de la división de poderes».

⁷ Loewenstein (2018, p. 326) dice: «Las elecciones sirven, en primer lugar, para que el electorado designe a los detentadores del poder en el gobierno y el parlamento. Aquí existen también métodos indirectos o directos. La designación directa del detentador supremo del poder ejecutivo es característica del tipo gubernamental presidencialista y de sus variantes. El electorado, que en una sociedad de masas sigue necesariamente las directrices de los partidos, determina por medio de la elección directa la persona que ocupará la presidencia del Estado. La unión con el aceite democrático confiere al jefe del Estado elegido por el pueblo un prestigio especial».

calificando una determinada decisión como política, por ello se prefiere el ropaje técnico o técnico-jurídico, en vez del político, cuando en realidad las cosas son lo que son, de tal forma que los instrumentos jurídicos que usa el sector público son vehículos de canalización de decisiones políticas, ni más, ni menos (pocas decisiones «neutrales»⁸ se toman en la Administración). Siguiendo en este punto a Loewenstein (2018):

La mayor parte de las leyes que componen nuestros códigos son, o bien instrumentos para la ejecución de anteriores decisiones políticas, que trasladan ahora dichas resoluciones a la vida de la comunidad, o bien tienen un carácter estrictamente utilitario al regular exclusivamente el desarrollo normal de las relaciones sociales (p. 66),

podemos decir que nos encontramos ante un tipo (convenio) de carácter utilitario, pero que sirve para canalizar decisiones de tipo político.

Como veremos, el convenio es un instrumento jurídico por medio del cual dos (o más) organizaciones acuerdan colaborar para la consecución de un fin común. A tal efecto, la colaboración tiene un objeto determinado y unos plazos de ejecución que vinculan a organizaciones complejas, en ocasiones, más allá de lo razonable. La decisión de continuar, o no, colaborando para la consecución de un fin que no se comparte tiene un trasfondo jurídico claro, pero también político. Es más, igual la problemática que tiene mayor interés es la de carácter político.

El principio de seguridad jurídica⁹ impone cumplir con lo pactado, ahora bien, el reconocimiento expreso del pluralismo político y el carácter democrático del Estado español (art. 1.1 de la Constitución de 1978) nos llevan a matizar el rigor del principio permitiendo vías de resolución de compromisos equilibradas y razonables, que amplíen la capacidad de decisión de los responsables públicos.

La colaboración tiene un elemento teleológico que se proyecta sobre los sujetos que colaboran, cual es la voluntad de colaborar. El convenio, como veremos, no es un contrato, lo que supone que se ve liberado de sus connotaciones patrimoniales, con sus correspondientes consecuencias jurídicas prácticas.

⁸ Por «neutral» se entiende una decisión sin ningún tipo de connotación política.

⁹ Blanquer Criado (2010, p. 112) dice: «Pues bien, la máxima *pacta sunt servanda* (los pactos han de observarse y deben cumplirse de buena fe) es una de las derivaciones del principio de seguridad jurídica orientado al mantenimiento o la conservación de la certeza en el ámbito contractual. Su origen se remonta al Derecho romano; fue en el siglo II cuando Ulpiano hizo referencia a la necesidad de observar los pactos (Digesto 2, 14, 7, 7): "Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean fraude de cualquiera de ellos"».

2. Breves consideraciones históricas. De una figura residual a una categoría sustantiva del derecho administrativo

La voluntad de los hombres de colaboración para el logro de objetivos comunes se ha resuelto técnicamente a través diversas formas, por el ejemplo, haciendo uso de fórmulas orgánicas de colaboración, mediante la creación de organismos jurídicos en los que aparecen espacios para aunar voluntades y conseguir objetivos comunes. Estos espacios son las personas jurídicas¹⁰, ahora bien, la persona jurídica implica un ámbito de colaboración de vigencia amplia, y tiene una estructura interna compleja que puede que no sea adecuada para la consecución de fines de carácter parcial.

Pronto el contrato, entendido como figura jurídica por medio de la cual se llega a un acuerdo entre intereses contrapuestos¹¹, se muestra insuficiente para aunar voluntades no contrapuestas, y es necesario buscar instrumentos jurídicos por medio de los cuales las personas puedan colaborar¹². En este sentido, Bassols Coma (1977) señala lo siguiente:

Es unánime la opinión doctrinal en atribuir a Gierke (1887) la distinción entre contrato, por una parte, y una serie de actos individuales que concurren en un mismo objetivo (fundación de una sociedad o asociación), que reciben la denominación por su estructura de Acto Conjunto (*Gesammtatkt*) y, por intencionalidad, convenios (p. 82).

Aparece así la figura del convenio como distinta a la del contrato, mientras que la base teleológica en el primero es la idea de colaboración en la consecución de un fin común, a través de voluntades no antagonistas, sino coincidentes, en el caso del contrato, las declaraciones de voluntad son contrapuestas, existiendo para cada una de las partes un fin propio e independiente del de la otra.

Dentro de los antecedentes más próximos de la figura, en el ordenamiento jurídico español, nos situamos en el año 1973 con la Ley de 17 de marzo de 1973 de modificación

¹⁰ Castro Bravo (1972, p. 69), dice: «Esta idea de la realidad es resucitada por Otto von Gierke, entusiasta de las tradiciones germánicas. Con pasión y brillantez inigualada, defiende que la persona jurídica es de naturaleza "supraindividual"; que se trata de "una persona efectiva y completa, como la persona individual", "su alma está en la voluntad común y su cuerpo en el organismo asociativo"».

¹¹ Carnelutti (2010, p. 14) dice: «Económicamente el contrato es la expresión de un equilibrio logrado por las fuerzas contrarias de los combatientes».

¹² Duguit (2007, p. 199) habla del fenómeno de la superación de la idea del contrato: «Pero la mayoría de los jurisconsultos, dominados por la concepción tradicional, en lugar de ver en todos estos actos, que no conoce el Derecho civilista, formas jurídicas nuevas, en lugar de analizarlas como tales, han querido, a toda costa, comprenderlas en el viejo cuadro estrecho el contrato [...]. Naturalmente, no lo han conseguido; no podían conseguirlo, porque no podían demostrar que una cosa, que no es realmente un contrato, lo sea [...]. A esto se debe el que nos hablen de contratos de adhesión, de contratos de taquilla, de contratos colectivos, de *contratos de colaboración*, cosas estas todas que no son contratos».

parcial de la Ley contratos del Estado, que al enumerar los contratos y negocios jurídicos de la Administración excluidos de la misma, incluyó en su apartado 7 a los «convenios de colaboración que, en virtud de la autorización del Gobierno, celebre la Administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público». Aparece en nuestro ordenamiento jurídico la figura del convenio de colaboración como una categoría jurídica excluida de la legislación de contratos. La regulación se completa con el apartado 2 del artículo 7 que disponía lo siguiente:

Los referidos contratos y negocios jurídicos seguirán regulándose por sus normas peculiares, aplicándoles los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse. Sin embargo, a los convenios a que se refiere el apartado 7 de este artículo se les aplicarán supletoriamente las reglas sobre la preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos.

Para comprender mejor esta nueva figura que aparece en el tráfico jurídico administrativo, es conveniente analizar los trabajos parlamentarios previos a su aprobación; esos trabajos son estudiados de una manera relevante por Bassols Coma (1977), que indica:

En el debate de la Comisión de Hacienda de las Cortes¹³, el precepto en su redacción original fue objeto de importantes críticas por considerarlo excesivamente vago y de una generalidad «pavorosa», suscitándose vivamente la necesidad de precisar e introducir algunas garantías (aprobación gubernamental previa, enumeración concreta de las figuras comprendidas en esta denominación, etc.) que eliminaran la impresión. Como consecuencia del debate se admitió una enmienda *in voce*¹⁴ que determinó la sustitución del vocablo «actividades para el desarrollo económico» por el de «actividades económicas privadas de interés público». Esta innovación, antes de ser aprobada definitivamente, fue objeto de importantes observaciones, lo cual dio motivo para que el representante del Ministerio de Hacienda en las Cortes pudiera manifestar los propósitos que perseguía el Gobierno con la configuración de esta figura y los supuestos concretos que la misma comprendía (p. 63)¹⁵.

A este respecto, el representante de la Administración precisó:

En este tipo de convenios, que en el Derecho europeo se conocen con el nombre de convenios de colaboración, que son convenios de regulación casuística, cada

¹³ El texto completo puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes, núm. 1227, de 6 de octubre de 1972.

¹⁴ La enmienda *in voce* fue presentada por el procurador señor Madrid del Cacho.

¹⁵ Los supuestos incluidos «básicamente son las acciones concertadas, los polos de promoción y desarrollo e incluso los concursos que la Administración convoca para la instalación y puesta en marcha de empresas que interesan públicamente, aunque sean privadas. Como típico ejemplo puede citarse el convenio para la instalación y puesta en marcha de la cuarta planta siderúrgica».

uno tiene sus propias normas, y faltaba un sentido unitario que creo que con el proyecto se les da, porque, primero, dice que no son contratos; segundo, respeta sus normas peculiares, y tercero, les aplica supletoriamente las normas que la ley establece sobre contratos de servicio público. La diferencia es muy clara: la actividad económica privada de interés público sigue siendo actividad privada, mientras que la actividad de servicio público es asumida por el Estado como propia y por eso deja de ser privada y pasa a ser pública.

La regulación inicial de la figura del convenio de colaboración nos ofrece una figura con un ámbito de actuación muy determinado y limitado (planificación económica), y con un tipo normativo de escaso valor dogmático, al no incorporarse una definición o conceptualización de la figura. Esa limitación dogmática se vislumbra en su régimen jurídico, que se construye mediante la aplicación de los principios de la ley para resolver dudas y lagunas, y la remisión supletoria a la figura del contrato de gestión de servicio público. La remisión a la legislación de contratos para completar la figura del convenio es un rasgo normativo que se ha mantenido a lo largo de las décadas.

El siguiente salto en la evolución histórica de la figura lo encontramos en la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en cuyo artículo 6 se hace referencia a los convenios de colaboración suscritos entre Administraciones públicas. En paralelo, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas (LCAP) mantiene el esquema de 1973, excluyendo los convenios del ámbito de aplicación de la ley, aplicando los principios de la ley para resolver dudas y controversias (art. 3.1 en relación con el 3.2 de la ley)¹⁶.

Con esta regulación se advierte una ampliación y generalización del uso de la figura, que es aplicable a todo tipo de relaciones entre las Administraciones, y la posibilidad de uso en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, siempre que las prestaciones no sean las propias de un contrato (art. 3.1.d LCAP), si bien esta ampliación del campo de acción de la figura no fue acompañada de una adecuada delimitación dogmática del convenio de colaboración.

El esquema comentado se mantiene sin grandes variaciones hasta la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP); formalmente no se advierten cambios (inclusión de convenio dentro del apartado de las exclusiones y aplicación de los principios de la ley para la resolución de dudas o controversias, artículo 4.1 en relación con el 4.2 LCSP), no obstante, desde el punto de vista sustantivo, sí que se produce una variación, al exten-

¹⁶ Con esta regulación el contrato se convierte en un mecanismo para facilitar el fenómeno de la huida del derecho de la contratación pública, ya que cuando la colaboración es entre Administraciones, no cabe contrato administrativo; y cuando es entre administración y particulares con objeto atípico se aplica la figura del convenio.

der la figura del contrato administrativo a las relaciones entre Administraciones públicas¹⁷, así, el artículo 4.1.c) de la LCSP excluye a los convenios, siempre que su objeto no sea el propio de un contrato administrativo típico, en cuyo caso se sometería a la Ley de contratos.

Como contraparte al inmovilismo dogmático del legislador, la jurisprudencia va perfilando una noción jurídica de la figura del convenio de colaboración, un extracto de esta posición jurisprudencial lo proporciona el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1.116/2015, sobre el anteproyecto de Ley de contratos del sector público, de 10 de marzo de 2016, que dice lo siguiente:

Conforme con sus previsiones, la característica diferenciadora de los convenios frente a los contratos radica en que, como se ha dicho en alguna ocasión por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994 y 28 de mayo de 1995), frente al modelo clásico de los contratos en que se da un antagonismo patrimonial en las prestaciones de las partes, los convenios responden a la idea de colaboración en la consecución del fin común. Inherentes a la noción de contrato son, de una parte, la emisión de declaraciones de voluntad intrínsecamente diferentes por parte de los contratantes, pero que se corresponden entre sí y que coinciden en la obtención de un mismo efecto jurídico, y, de otro lado, la equivalencia de prestaciones o su carácter sinalagmático. En los convenios, por el contrario, la idea prevalente es la de colaboración entre las partes para la consecución de un fin común. Las partes no se enfrentan como portadoras de intereses contrapuestos y, de ordinario, no emiten declaraciones de voluntad intrínsecamente diferentes sino generalmente iguales.

Por ello vemos que frente a la parquedad regulatoria, y las lagunas dogmáticas de la regulación, reacciona la jurisprudencia aportando un concepto jurídico de convenio que se fundamenta en la idea de la colaboración para la consecución de un fin común.

Un paso importante en la evolución se produce con la Moción número 878 de 30 de noviembre de 2010 del Tribunal de Cuentas, moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones públicas¹⁸. Es importante por su valor dogmático y jurídico, y por la relevancia institución del órgano recomendante de la regulación.

Llegamos a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), que dedica a este tema el capítulo VI del título preliminar (arts. 47 y ss.). De con-

¹⁷ Antes de la reforma no se admitía la figura del contrato entre Administraciones, al entender que no cabía ejercer las potestades inherentes a la contratación pública entre Administraciones, por lo que se buscaba una figura jurídica que permitiera un equilibrio entre las partes, y esa figura era el convenio.

¹⁸ Puede consultarse en: <<https://www.tcu.es/repositorio/0891c719-10cc-4fc5-b2ec-f6992315a0ba/1878.pdf>>.

formidad con la disposición adicional decimocuarta, esos preceptos tienen la consideración de básicos. La valoración del impacto normativo de esta nueva regulación la hace el legislador, así, el apartado II *in fine* de la exposición de motivos de la LRJSP dispone:

Por último, se regulan en el Título Preliminar los convenios administrativos, en la línea prevista en el Dictamen 878 de Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre, de 2010, que recomendaba sistematizar su marco legal y tipología, establecer los requisitos para su validez, e imponer la obligación de remitirlos al propio Tribunal. De este modo, se desarrolla un régimen completo de los convenios, que fija su contenido mínimo, clases, duración y extinción y asegura su control por el Tribunal de Cuentas.

El esfuerzo realizado por el legislador ha sido de máximos, al dar una noción legal y básica de la figura del convenio (art. 47.1.1¹⁹ LRJSP) y tipificar cuatro tipos incluidos en su ámbito de aplicación (art. 47.2²⁰ LRJSP).

Por ello, la regulación que proporciona la LRJSP ofrece un producto jurídico con un régimen jurídico completo y acabado. Se trata de una figura que, en principio, no precisa de la colaboración normativa de otras normas para resolver las dudas y controversias que surjan

¹⁹ El artículo 47.1.1 de la LRJSP dice:

Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común.

²⁰ El artículo 47.2 de la LRJSP dispone:

Los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos:

a) Convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas.

Quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se registrarán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de autonomía.

b) Convenios intradministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública.

c) Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de Derecho privado.

d) Convenios no constitutivos ni de Tratado internacional, ni de Acuerdo internacional administrativo, ni de Acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes.

en su tramitación. Esta circunstancia nos hace avanzar que, en principio, en la regulación de los convenios no deberían producirse lagunas reales, sino que nos encontraríamos ante lagunas «ideológicas»²¹. Por ello, tendremos que ser capaces de afrontar la problemática que plantea el régimen jurídico de los convenios desde la perspectiva de la LRJSP, siendo capaces de advertir cuando la solución jurídica que obtenemos constituye una laguna de tipo ideológico y, por lo tanto, no real. Cierra la regulación la legislación de contratos (Ley 9/2017), que mantiene a los convenios dentro del ámbito de los negocios jurídicos excluidos de la regulación (art. 6)²², aplicándose los principios de la ley para resolver dudas y lagunas

²¹ Bobbio (2016, p. 217) dice: «También se entiende por "laguna" la ausencia no ya de una solución cualquiera que esta sea, sino de una solución *satisfactoria*, es decir, no la ausencia de una norma, sino la falta de una *norma justa*, o sea, de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe. Dado que estas lagunas derivan no ya de la consideración del ordenamiento jurídico tal cual es, sino de confrontar el ordenamiento jurídico existente con lo que debería ser, se las ha denominado "ideológicas", para distinguirlas de las que eventualmente se encontrarían en el ordenamiento jurídico, y que pueden llamar "reales". Podemos también enunciar la diferencia de este modo: las lagunas ideológicas son lagunas *de iure condendo*; las lagunas reales son lagunas *de iure condito*». Labandl (2012, p. 4) dice: «Si, por el contrario, hay una desarmonía entre lo que se reconoce como Derecho y lo que se desea como tal por razones políticas, no será lícito negar tal desarmonía simplemente porque es desagradable».

²² La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone en su artículo 6:

1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídica pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico-privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

(art. 4 de la Ley 9/2017)²³. Por lo tanto, sigue la Ley de contratos con el esquema regulatorio iniciado en el año 1973, resultando de aplicación los principios de la ley para la resolución de dudas y lagunas. Ahora bien, desde el punto de vista dogmático esta solución normativa me parece poco adecuada. El motivo es que la técnica jurídica de la analogía se basa en la existencia de una *ratio común* de las regulaciones²⁴, lo que supone que se busque la solución entre regulaciones o figuras sustancialmente coincidentes, y, en este caso, se está buscando la solución a los problemas planteados en un convenio en una figura jurídica que tiene una base o fundamento diferente; como ya hemos dicho, la base teleológica del convenio es la colaboración en la consecución de un fin común, mientras que la del contrato es antagonismo patrimonial entre las partes. Por ello, la regulación de los contratos ofrece reglas para solucionar conflictos entre partes que tienen intereses contrapuestos. La solución no es lógica desde el punto de vista dogmático, ni tampoco lo será desde una perspectiva práctica, toda vez que aportará soluciones jurídicas inadecuadas a los problemas que plantea el convenio de colaboración, corriendo el riesgo de que esas soluciones estén marcadas por los aspectos de carácter patrimonial y por la contraposición de intereses, en vez de estar inspiradas en la idea de la colaboración. Probablemente la solución sea tributaria de una tradición histórica precedente, que tiene como fundamento la existencia de una regulación residual y parca de la figura del convenio, la cual demandaba un complemento normativo. Ahora el convenio es una figura que cuenta con una regulación completa, no precisando de una colaboración normativa de una forma tan necesaria. No obstante, por su naturaleza jurídica, igual esa colaboración sería mejor buscarla en el ámbito de los principios generales informadores de las relaciones entre las Administraciones públicas, que guardan una *ratio común*, más relacionada con la de los convenios que los contratos del sector público²⁵.

2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

3. Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público.

²³ El artículo 4 dispone:

Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

²⁴ Bobbio (2016, p. 226) dice: «Lo mismo vale para el razonamiento por analogía usado por los juristas. Para que se pueda sacar la conclusión, o sea, atribuir al caso no regulado las mismas consecuencias jurídicas atribuidas al caso regulado similarmente, es necesario que entre los dos casos exista, no una semejanza cualquiera, sino una semejanza relevante, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la que al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra».

²⁵ En este sentido, se cita la Moción 878 a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo de convenio de colaboración por las Administraciones públicas, de 30 de noviembre de 2010, que dice:

3. Principales rasgos caracterizadores del convenio de colaboración

Como hemos visto, la figura del convenio de colaboración es un tipo fuertemente caracterizado por el elemento teleológico, que consiste en la colaboración para la consecución de un fin común (causa del convenio)²⁶. Se extraen una serie de reglas o principios informadores de la actividad convenial, que nos sirven para delimitar la figura:

- *Carácter marcadamente finalista de la actividad convenial*: Lo anterior supone que el convenio es un negocio jurídico marcado por la causa, siendo esa causa el fin común²⁷ de las partes suscriptoras. Se puede decir de una mane-

Establece el art. 4 LCSP en su apartado 2, en una disposición aplicable a todos los negocios y relaciones jurídicas que relaciona en el apartado 1, y por lo tanto, a ambos tipos de convenios, que «se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse». Tales principios, según se enuncian en el art.1, son los de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación, y si suponen compromisos financieros, los de estabilidad presupuestaria y control del gasto y de eficiencia en utilización de los fondos públicos [...]. Más problemático resulta valorar el alcance de la aplicación de los expresados principios en los convenios interadministrativos, que vienen a confluir con el de lealtad institucional, que formula el art. 4 de la LRJ-PAC, y con los principios o normas administrativas, debiendo ser interpretados íntegramente con estos. Así sucede, en particular, con el principio de concurrencia, cuya operatividad se verá condicionada por el principio de territorialidad de la competencia, puesto que la suscripción del convenio solo podrá ser realizada con aquella Administración competente por razón de la materia o del territorio, circunstancias que pueden llevar a la exclusión de las otras.

²⁶ Tal y como indica el Tribunal de Cuentas en su Moción 878, de 30 de noviembre de 2010 a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las administraciones públicas, p. 16, «en el convenio cada sujeto asume, junto al otro u otros con los que formaliza el acuerdo de voluntades, una obligación de dar o hacer, pero dicha obligación no tiene por causa "la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte", lo que situaría en el ámbito de los contratos onerosos (art. 1274 CC) sujetos a la LCSP (art. 2 LCSP). La causa de la aportación será la consecución de un fin común a los sujetos que conviven, y como quiera que, al menos uno de ellos, ha de ser una Administración pública, dicho fin habrá de ser de interés público».

²⁷ La terminología de la Ley ha sido criticada por la doctrina, así Bensusan Martín (2016, p. 20) dice: «Y si responde la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público a las expectativas del Tribunal de Cuentas, aportando por vez primera un concepto jurídico de convenio, que recoge la del fin común, aunque no se refiere expresamente que ese fin común ha de ser un fin de interés público [...]. No obstante, el "fin común" aparece como un concepto jurídico indeterminado que puede ampliar o reducir el ámbito de potenciales acuerdos, lo cual puede dar lugar a confusiones o a una relativa inseguridad jurídica». Por mi parte indicar que la referencia al fin común constituye un rasgo institucional caracterizador de la figura producto de su evolución histórica por lo que, en mi opinión, es acertada la referencia, si se contextualiza en su entorno institucional (como se verá más adelante). Por otro lado, sobre la necesidad de consecución de intereses públicos, considero que no es necesario hacer referencia a la misma al entender que todo el sector público está obligado a la consecución de esos intereses por mandato constitucional (art. 103.1 de la Constitución).

ra gráfica que la causa en el convenio tiene una especial vertiente subjetivista²⁸, lo que se supone que el fin común tiene un especial peso, por encima de la objetivación del negocio propia de los negocios jurídicos típicos; téngase en cuenta la atipicidad que presenta el convenio²⁹. Ese carácter atípico hace que cobre fuerza la dimensión subjetiva de la causa, conformando el devenir del negocio jurídico.

- *Principio de equilibrio o de prestaciones equilibradas de las partes*: Las prestaciones pactadas entre las partes con cargo al convenio deben ser equilibradas, esto es, deben cubrir el coste de la colaboración pactada, sin que puedan suponer un beneficio económico para alguna de las partes suscriptoras. Téngase en cuenta una de las características del convenio, que lo diferencian del contrato, cual es la ausencia de contenido patrimonial³⁰. Así, el artículo 48.6 de la LRJSP establece la siguiente regla: «Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio». Como consecuencia de este equilibrio de las prestaciones, en el seno de los convenios no se da una contraposición de intereses,

²⁸ Sobre la causa Castro Bravo (1971, p. 179) dice: «Las teorías que sobre ellas se han elaborado son muchas; pero, dejando de lado variantes secundarias, se pueden adscribir a una de las dos direcciones llamadas subjetivistas y objetivistas. La subjetivista atiende al propósito de quien o quienes han dado lugar al negocio. La objetivista es seguida por los que consideran el requisito del hacerse una prestación o del conformarse el negocio a una estructura típica. La dirección subjetiva, al valorar principalmente la voluntad individual, ha podido ser motejada de individualista y liberal, mientras que la objetivista es calificada de legalista [...]. También ha de advertirse que ambas corrientes se han influenciado mutuamente y que los autores combinan sus postulados para armonizar los propios puntos de vista teóricos con las leyes y las exigencias de la práctica. Lo que no ha de extrañar, pues la concepción de causa que se llevara a los Códigos tenía en cuenta elementos subjetivos y objetivos».

²⁹ Castro Bravo (1971, p. 202) dice: «Los negocios típicos han sido vistos con especial favor; su coincidencia con la figura legal supone que el resultado social propuesto goza del beneplácito jurídico, es decir, su causa es considerada suficiente. La ley le ofrece, además, el apoyo de su ejemplo y de su ayuda, mediante reglas de Derecho dispositivo. En cambio, el negocio atípico necesitará para su validez ser referido a una determinada causa, es decir, a la reciprocidad de prestaciones o promesas (art. 1274, 1289), a la remuneración de un servicio o beneficio (arts. 1274, 622), a la mera liberalidad (arts. 1274, 1289, 618), y posiblemente al cumplimiento de un deber moral o social, y como negocios "nuevos" carecerán también de apoyo y complemento de las reglas de Derecho dispositivo».

³⁰ García de Enterría y Fernández Rodríguez (2000) dicen: «Se trata de figuras que no pueden encontrar paralelo en el Derecho contractual privado, porque no suponen ningún ejemplo de colaboración patrimonial entre partes, un fenómeno económico de intercambio, sino, por el contrario, un simple acuerdo sobre la medida de una obligación, de una ventaja típicas de una relación de sumisión jurídico-pública previamente establecida entre la Administración y la persona con quien ella convive. Así, un convenio expropiatorio (art. 24 LEF, que no es, por supuesto, una venta, sino una adhesión a la expropiación; procediendo esta última de la decisión imperativa), o un concierto fiscal de evaluación objetiva de bases tributarias o de liquidación de cuotas».

así las prestaciones del convenio no tienen interés patrimonial³¹, por ello en el convenio no hay una contraposición de intereses³².

- *Principio de sostenibilidad financiera*: Proclamado en el artículo 48.5 de la LRJSP, este mandato especialmente tributario de los tiempos que vieron nacer a la LRJSP, y que se vio precedido de una modificación de la Constitución, en concreto del artículo 135³³, para incluir ese principio, tiene valor constitucional.
- *Principio de solvencia financiera de las partes*: Aparece recogido en el artículo 48.5 *in fine* de la LRJSP que dispone: «[...] debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio», lo que impone realizar un análisis de la solvencia financiera de las partes que firman el convenio. Más cuestionable es defender un análisis de la solvencia técnica, ya que no aparece claramente explicitado. Se podría justificar por aplicación de los principios de eficiencia (art. 31.2 de la Constitución) y eficacia (art. 103.1 de la Constitución), que impiden programar gasto público ineficiente. No obstante, sería una argumentación principalista, y como tal adolecería de la seguridad jurídica que ofrece una regulación concreta. Por ello, más allá de ese argumento sí que se podría defender que sería «aconsejable» realizar un análisis de la solvencia técnica de las partes suscriptoras del convenio, como mejor garantía de la buena ejecución.

4. ¿Podemos decir que el convenio es una institución del derecho administrativo?

A parte del interés de tipo teórico que suscita la reflexión acerca de si el convenio es o no una institución del derecho administrativo, la discusión también tiene una dimensión práctica, ya que las instituciones se independizan de la regulación, sustantivándose y funcionando de una manera autónoma, lo que supone que tienen sus propias reglas y principios infor-

³¹ Como consecuencia de esa ausencia de interés patrimonial, en el caso de incumplimiento, la procedencia de compensación, a través de la indemnización de daños y perjuicios, debe constar expresamente, siendo por lo tanto la regla general su no procedencia. En este punto se diferencia el convenio del contrato, al contraponer el artículo 51.2.c.3.º de la LRJSP con el artículo 1.124 del Código Civil.

³² Bensusan Martín (2016, p. 38) dice: «En los convenios no se manifiesta una contraposición de intereses, al contrario, se trata de establecer una colaboración institucional con la finalidad de llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos y ninguna de las partes tendrá interés patrimonial, porque los intereses de las partes son públicos. Por el contrario, el contrato consiste en desarrollar una actividad singular y específica que forma parte del tráfico mercantil, existiendo total contraposición de intereses y un interés patrimonial».

³³ El artículo 135.1 de la Constitución dispone: «Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria».

madores. La calificación de una figura del derecho administrativo como institución implica la proclamación de su autarquía normativa, es decir, su capacidad jurídica para resolver las controversias jurídicas que se den sobre la misma en su seno, de una manera relativamente independiente y autónoma. De una forma gráfica se podría decir que el reconocimiento de una dimensión institucional de una figura jurídica supone la proclamación de su mayoría de edad jurídica. Así, son las instituciones y no las normas las auténticas protagonistas de la experiencia jurídica³⁴, por ello las normas no viven aisladas, sino que deben ser valoradas en el ámbito institucional que las corresponde.

4.1. Consideraciones introductorias previas

Siguiendo a Norberto Bobbio, dos son los autores que manejar para hablar de la teoría del derecho como institución: por un lado, Maurice Hauriou, y por otro, Santi Romano³⁵.

La concepción institucional del derecho tiene una especial consideración en España, donde encontramos manifestaciones bien palpables de la misma incluso en nuestra propia Constitución (art. 9.1), habiéndose llegado a hablar, por nuestra mejor doctrina (Lorenzo Martín Retortillo), de «la seducción por el ordenamiento jurídico»³⁶, por lo que la reflexión

³⁴ Martín-Retortillo Baquer (2013, p. LXXII) dice: «El derecho es algo más, algo mucho más complejo que las simples normas en las que se concreta. Insistimos: en su totalidad y con carácter exclusivo, porque lo que sobre este punto decimos en modo alguno supone anular o disminuir el valor del orden normativo, que siempre jugará un papel importante en la determinación de lo jurídico; pienso, incluso, que el papel esencial. Sobre este particular las advertencias de Romano son desde luego reiteradas y constantes; no se trata de reducir el valor de lo normativo, sino simplemente de proclamar que ese orden no agota en sí mismo la realidad jurídica».

³⁵ Bobbio (2016, p. 7) dice: «La teoría del derecho como institución ha sido elaborada, al menos en Italia (dejo de lado lo que se considera acostumbrado antecedente francés, es decir, la doctrina de Hauriou) por Santi Romano en su libro muy importante: *L'ordinamento giuricio* (1.^a edición, 1917, 2.^a edición, revisada y aumentada, 1945)».

³⁶ Martín-Retortillo Baquer (2013) dice: «Se puede afirmar sin vacilación que el meollo de la doctrina del ordenamiento jurídico penetró de lleno, y con fuerza expansiva hacia afuera, en la realidad jurídica concierne a las Administraciones Públicas [...]. Y llegaría luego el momento culminante de la elaboración de la Constitución de 1978. Esa "seducción" por el ordenamiento, a que antes me refería, se manifiesta en que la expresión queda inserta en preceptos clave. Empezando por el decisivo artículo primero, cuyo apartado primero recalca: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico [...]". Poco después, el artículo 9.1 se abre advirtiendo que: «"Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico [...]". En otro precepto clave, a la hora de ordenarse el sistema regional, el artículo 147 insiste en que los Estatutos de Autonomía de la Comunidades Autónomas, "el Estado les reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico". La recepción de la fórmula abre la puerta al complejo sistema de "relaciones" entre los diversos ordenamientos, tan caro a Santi Romano, y que aquí ha dado lugar a interesantes debates».

institucional del derecho, esto es, desde la perspectiva de la teoría institucional³⁷, tiene un especial sentido para nosotros, ya que la apuesta por esta concepción del derecho se ha asumido por la propia Constitución de 1978.

Citando a Hauriou (2003), podemos decir que

con el nombre de institución designamos a todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados. Esta definición negativa es muy amplia; se aplica lo mismo a una regla de derecho consuetudinario que a una organización corporativa que comprenda una universalidad indeterminada de miembros. Por ello se explica que la Corona inglesa sea una institución, lo mismo que el Estado francés; conviene a las instituciones más abstractas, tales como la familia o la propiedad, como a las más concretas, tales como el héroe desconocido que reposa bajo el Arco del Triunfo y que ha llegado a ser una institución nacional (p. 90).

Para Hauriou lo esencial a todas las instituciones es que su duración no depende de la voluntad subjetiva de determinados individuos, llegando a hablar de «cuerpos espontáneos³⁸»; el autor da la siguiente definición de institución: «Una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva transformada en una obra social por un fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas». Posteriormente el autor despieza y analiza su definición despiezándola en sus principales elementos:

1. La idea objetiva transformada en una organización social por un fundador. Una idea nueva penetra en las relaciones sociales a través de la conciencia subjetiva.
2. El reclutamiento de adhesiones en número indeterminado en el medio social, en cuanto es suscitado por la idea objetiva. Pronto llega la hora del desprendimiento. O desaparecen los fundadores, sobreviviéndoles la institución, o se les separa ya esta, en vida de ellos, por su propia fuerza ascensional que la habilita para seguir por sí misma su trayectoria.
3. La sujeción de las voluntades subjetivas al servicio de la idea institucional. La idea objetiva no recluta solo secuaces cuyo asentimiento y cuya confianza aseguran la

³⁷ Téngase en cuenta que el ordenamiento jurídico es una institución, en el sentido que la entiende Santi Romano (Martín-Retortillo Baquer, 2013, p. 24): «Así pues, la expresión «derecho», entendido en sentido objetivo, puede tener un doble significado. Antes que nada puede designar: a) Un ordenamiento en su totalidad y unidad, esto es, una institución; b) Un precepto o un conjunto de preceptos».

³⁸ Hauriou (2003, p. 90) dice: «No en vano se denomina a estas instituciones "cuerpos espontáneos"; no solo nace espontáneamente, sino que renacen; son cabezas cortadas que vuelven a brotar como las de la hidra mitológica del lago de Lerna».

existencia social de la institución, recluta también agentes o funcionarios, cuyas voluntades subordinadas van a ponerse al servicio de la institución para asegurar su funcionamiento. Las instituciones no viven sino por su doble personal de agentes y adheridos.

4. Las condiciones de duración de las instituciones. Las instituciones sociales duran un tiempo más o menos largo, según que respondan mejor o peor a las necesidades del medio social y según que las ideas sobre que reposan estén más o menos cerca de la verdad y de la justicia.

Las instituciones responden a necesidades, prestan servicios; cuando cesan de rendirlos, o se han transformado las necesidades o se han corrompido las instituciones haciéndose parasitarias, en este caso la confianza del público se aparta de ellas lentamente (Hauriou, 2003, p. 97).

Por lo que a nosotros nos interesa, la institución supone una objetivación de una idea, que se desvincula de su creador, y arraiga en la conciencia de la colectividad que la reconoce como tal. La institución pervive a lo largo del tiempo, y se mantiene, en la medida en que es útil socialmente.

Nos recuerda Bobbio (2016) que

para Romano los elementos constitutivos del concepto de derecho son tres: la sociedad, como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el orden, como fin al cual tiende el derecho; y la organización, como medio para realizar el orden. Se puede decir, en síntesis, que según Romano existe derecho cuando hay una organización de una sociedad ordenada, o también, con palabras análogas, una sociedad ordenada por medio de una organización o de un orden social organizado. Esta sociedad organizada y ordenada es lo que Romano llama institución. De los tres elementos constitutivos, el más importante y decisivo es ciertamente el tercero, la organización: los dos primeros son necesarios, pero no suficientes (p. 7).

Naturalmente estos elementos hay que modularlos en función de la institución de la que se trate. No obstante, es de destacar la idea de organización, toda vez que la misma hace que la propia institución se nutra y autointegre, cubriendo sus lagunas con sus propias reglas y principios.

Continuando con Romano (1945), y su obra esencial en la materia (*El ordenamiento jurídico*), se destacan los siguientes elementos de la institución:

- La institución es un ente cerrado que puede considerarse *in se* y *per se*.
- La autonomía de cada institución no tiene, pues, que ser necesariamente absoluta, sino que puede ser solo relativa; su configuración depende de distintos puntos de vista que pueden variar. Existen, así, instituciones que aparecen como perfec-

tas, es decir, que se bastan a sí mismas y que tienen la plenitud de medios para conseguir aquellos fines que les son exclusivos; hay otras imperfectas o menos perfectas que se apoyan en distintas instituciones, y ello en diferentes sentidos (Martín-Retortillo Baquer, 2013, p. 32).

- La institución es una unidad determinada y permanente (p. 33).
- La institución es la manifestación primaria, original y esencial del derecho, que a su vez no puede exteriorizarse sino en una institución, y esta en tanto existe y puede decirse tal, en cuanto que su vida es creada y mantenida por el derecho (p. 36).

Podemos destacar que la institución tiene como elemento esencial una organización que la sustenta, un ordenamiento, una regulación, mayor o menor. La institución creada goza de una vida independiente, como consecuencia de lo anterior, los problemas que surgen en las relaciones jurídicas que se dan dentro de la institución tienen que resolverse en su seno preferentemente, lo que dependerá del grado de perfección de la institución.

4.2. ¿Podemos decir que el convenio es una institución del derecho administrativo?

En primer lugar, a la hora de valorar el carácter institucional de una determinada figura jurídica se tiene que partir de la asunción e internalización de la teoría de la institución por parte del ordenamiento jurídico español, llegando esa internalización al máximo nivel jurídico en la propia Constitución de 1978. Esa circunstancia hace que apostemos por tener una visión amplia del concepto de institución. Como hemos visto, el convenio tiene un origen normativo en el año 1973, habiéndose mantenido a lo largo de los años en la regulación legal. En paralelo ha surgido una concepción jurisprudencial y doctrinal de la figura (ya vistas), que ha contribuido a su estructuración y a aumentar su arraigo social. Finalmente, en 2015 aparece una regulación relativamente completa que ofrece una organización de la figura.

En mi opinión, el convenio tiene todos los rasgos caracterizadores de una institución, al contar con un arraigo social, mantener una extensión temporal amplia y contar con una organización que se ha ido desarrollando a lo largo de los años, hasta llegar a 2015, momento en el que se ha expandido plenamente; esa mayor plenitud motiva que la integración normativa deba buscarse en primer lugar en su seno.

4.3. Consecuencias jurídicas prácticas de que el convenio sea una institución

Las consecuencias prácticas de la dimensión institucional del convenio es que la figura forma una categoría autónoma del derecho administrativo, lo que la hace funcionar y desarrollarse dentro de su propia estructura (en palabras de Santi Romano «organización»); así

la categoría se autointegra, solucionando sus problemas jurídicos, preferentemente en su seno. Además téngase en cuenta que, desde 2015, goza de gran plenitud.

Existe una tendencia generalizada, por parte de los autores, a realizar una valoración crítica de los cambios normativos, destacando sus aspectos negativos. En contra de esa tendencia, no puedo más que saludar con complacencia la regulación que la LRJSP hace del convenio, que ofrece una figura completa y acabada y culmina la evolución institucional del convenio, aportando una necesaria regulación a la misma. De ahí el título del trabajo, de bienvenida de la nueva regulación.

5. Ponemos a prueba la dimensión institucional del convenio. Un supuesto práctico: La resolución unilateral del convenio

5.1. Planteamiento del problema

Por lo que respecta a la extinción de los convenios, tiene lugar por el cumplimiento o por la resolución (art. 51.1 de la LRJSP). Así, el convenio puede terminar de una forma normal (cumplimiento) o anormal (resolución). En cuanto a las causas de resolución, se pueden distinguir dos tipos de la lectura del artículo 51.2 e) de la LRJSP, a saber, las que nacen *ex convenio* y las que nace *ex lege*, que son las que enumera el artículo 51.2 en sus cuatro primeras letras. Naturalmente estas últimas no precisan ser incluidas en el clausulado del convenio para que produzcan efectos jurídicos. Estas causas son expresión de sus contornos institucionales, constituyendo un mínimo que el legislador pretende garantiza en cualquier convenio, por lo que vamos a analizar una causa de resolución aplicable a todos los convenios.

Reproduzco por su interés el artículo 51.2 c) de la LRJSP:

2. Son causas de resolución:

c) El incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.

En este caso, cualquiera de las partes podrá notificar a la parte incumplidora un requerimiento para que cumpla en un determinado plazo con las obligaciones o compromisos que se consideran incumplidos. Este requerimiento será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y a las demás partes firmantes.

Si trascurrido el plazo indicado en el requerimiento persistiera el incumplimiento, la parte que lo dirigió notificará a las partes firmantes la concurrencia de la causa de resolución y se entenderá resuelto el convenio. La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados si así se hubiera previsto.

El correcto entendimiento de este precepto debe realizarse despiezando los elementos que lo componen; si lo hacemos, encontramos, por un lado, una regla jurídica que establece la causa de resolución de los convenios (primer párrafo), y por otro, un procedimiento para canalizar la resolución del convenio (párrafos segundo y tercero).

5.2. Análisis de la regla jurídica. Causa de resolución del convenio

La resolución de los convenios se recoge en los artículos 51 y 52 de la LRJSP, de una manera autónoma y completa. La interpretación de la causa de resolución prevista en el artículo 51.2 c) de la LRJSP debe ser objeto de una interpretación literal y sistemática.

Así resulta que, desde un punto de vista literal, la causa es la siguiente: «c) El incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes»; la misma no tiene que estar expresamente prevista en el convenio, sino que opera *ope legis*. El tenor literal nos permite concluir que el incumplimiento de cualquiera de las partes determina la resolución. Por ello, ante un incumplimiento, el convenio puede resolverse con base en la causa analizada.

La mejor interpretación de la causa de resolución se colige analizándola desde el punto de vista sistemático. Esto supone tomar en consideración el apartado 1 del artículo 51 de la LRJSP, que indica: «1. Los convenios se extinguen por el cumplimiento de las actuaciones que constituyen su objeto o por incurrir en causa de resolución». El mandato contenido en este precepto es claro, a saber, la concurrencia de una causa de resolución determina *ope legis* la resolución del convenio. Por ello, la constatación fáctica de la existencia de la causa de resolución tiene como consecuencia la extinción del convenio por resolución.

Cabe señalar que la causa de resolución objeto de análisis puede verse desde distintas posiciones. Así, desde la perspectiva de la parte que cumple, le permite desvincularse del convenio; mientras que para la parte que no va a cumplir es la constatación jurídica de la libertad que tiene para no cumplir con lo convenido, pudiendo desvincularse igualmente mediante la resolución.

A la interpretación literal y sistemática³⁹ se une la finalista o teleológica. Así, mientras que, en caso del contrato, hay unos intereses contrapuestos que se ordenan con base en el mismo, en el convenio hay una voluntad común de colaborar. La desaparición de esa voluntad permite resolverlo, entre otras causas, por incumplimiento. Por ello, en el caso del convenio, la opción de incumplir es autónoma, siendo una facultad que tiene cada una de las partes del mismo.

³⁹ El Tribunal Constitucional en la STC 132/2018, de 13 de diciembre (FJ 7b), concluye que la previsión de un plazo de vigencia de los convenios efectuada en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, va estrechamente vinculada al ciclo político y al acervo presupuestario español.

Se concluye este subapartado indicando que la causa de resolución del artículo 51.2c) párrafo primero de la LRJSP es una causa de resolución autónoma, que tiene sustantividad propia, lo que supone que la simple constatación de su existencia determina la resolución del convenio.

El principio de seguridad jurídica aconseja evitar comportamientos disruptivos y no ordenados, de tal manera que la parte que, de una manera leal⁴⁰, considere que no quiere colaborar en un convenio en el que es parte debe comunicarlo a la otra, siendo esa comunicación, a la que se adhiere la voluntad de no cumplir, suficiente para resolver el convenio por la causa analizada.

Entre la voluntad de incumplir y la escenificación o acción de incumplir hay un trecho bien corto, toda vez que esta última presupone una voluntad previa de incumplir. No creo que en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que la voluntad goza de un amplio reconocimiento, se pueda negar esta circunstancia. Ahora nos preguntamos cómo debe ser esa declaración de voluntad; entiendo que debe ser una declaración de voluntad clara e indubitada de no querer cumplir y que esa declaración tiene que ser motivada o causal, esto es, decir que no se comparte el fin común y los motivos por los cuales no se comparte ese fin.

5.3. Sobre el carácter subsidiario de la causa de resolución

Tomando en consideración la argumentación realizada sobre la necesidad de proceder de una manera leal y ordenada, evitando adoptar comportamientos disruptivos, se advierte que el incumplimiento como causa de resolución del convenio quizá tiene un carácter subsidiario. Me explico. Dentro de las causas de resolución del convenio existe el acuerdo unánime de todos firmantes como causa de resolución (art. 51.2.b LRJSP). Esta causa de resolución es la más ordenada y leal, la mejor desde el punto de vista de la seguridad jurídica y probablemente la más eficiente. Por ese motivo, quizá la parte que quiere resolver por incumplimiento debería hacer un ofrecimiento previo a la resolución por mutuo acuerdo⁴¹. Lo anterior sería lo más leal, y en la medida en que actuar con lealtad sea considerado

⁴⁰ Lealtad entendida como expresión del principio de buena fe, que rige con carácter general las relaciones jurídicas. En este sentido el artículo 1258 del Código Civil establece una regla aplicable a cualquier negocio jurídico, principalmente debido al carácter supraordenado del contrato y de sus reglas inspiradoras, y dispone: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la *buena fe*, al uso y a la ley».

⁴¹ Por razones de eficacia, en la propia comunicación que se haga de la voluntad de incumplir se puede ofrecer la resolución por mutuo acuerdo, señalando un plazo razonable a partir del cual se entiende rechazado el ofrecimiento.

una obligación, se podría defender su carácter preferente al incumplimiento, y por lo tanto la naturaleza subordinada del incumplimiento al mutuo acuerdo, debiendo intentarse lo primero (mutuo acuerdo) antes que lo segundo (incumplir).

5.4. Procedimiento para canalizar la resolución por incumplimiento

Partiendo de la base de lo indicado en el anterior subapartado, se puede señalar que los párrafos segundo y tercero del artículo 51.2 contienen una regulación parcial, al establecer el cauce procedimental para resolver el convenio por incumplimiento con respecto a la parte que se ve afectada por el mismo, pero no con respecto al incumplidor.

No obstante lo anterior, una vez determinado que la causa de resolución es autónoma, debe admitirse el carácter parcial de la regulación, y la posibilidad de que la parte incumplidora haga uso del citado procedimiento, adaptándolo, claro está, a las particularidades que se deriven de su posición jurídica. Como se ve es obligada la comunicación al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y a las demás partes firmantes.

Los principios constitucionales de seguridad jurídica, eficacia y eficiencia impiden considerar el proceso desde la vertiente única de la persona que se ve afectada por el incumplimiento. Se trataría de un reduccionismo infantil e irreal, ya que la parte que no quiere cumplir, y por lo tanto no quiere continuar colaborando, no debe necesariamente, en un Estado de derecho, incurrir en comportamientos insociales, desordenados y disruptivos, sino que debe poder salir de una relación jurídica de una manera leal y ordenada.

En aquellos casos en los que se trata de convenios que unen a varias Administraciones públicas, las mismas tienen un deber reforzado que deriva del principio de lealtad institucional (art. 140.1.a LRJSP), que les impone especialmente evitar comportamientos imprevisos y disruptivos.

5.5. Valoración de la argumentación realizada

Siguiendo en este punto nuevamente a Norberto Bobbio (2016), podemos decir que:

Toda teoría puede ser considerada desde el punto de vista de su significado ideológico o desde el punto de vista de su valor científico [...]. Como ideología, una teoría tiende a afirmar ciertos valores ideales y a promover ciertas acciones. Como doctrina científica, su fin no es otro que el de comprender una cierta realidad y explicarla.

Desde el punto de vista ideológico, la argumentación realizada evidencia la capacidad que tienen las partes suscriptoras de un convenio de liberarse de los compromisos adquiridos si no comparten el fin común que originó el vínculo⁴². Es expresión del principio de libertad, esencial en un estado de derecho, y se advierte un auténtico derecho subjetivo de resistencia a la obligación de colaborar para la consecución de un fin que no se comparte.

Analizado desde el plano científico, ofrece la posibilidad de solucionar un problema jurídico argumentando y analizándolo desde un punto de vista institucional. Lo anterior implica una aceptación de la teoría institucional como instrumento técnico jurídico para el análisis de los problemas jurídicos, entendiendo que las normas jurídicas no viven de una manera aislada o asistemática, sino que se desarrollan dentro de un campo más amplio y ordenado, como es el de la institución.

5.6. Consideraciones finales

Debido a la naturaleza institucional del convenio nos encontramos con una figura autónoma que no precisa de colaboración normativa, por ello, a la resolución de los convenios no le resulta de aplicación el artículo 1.124 del Código Civil⁴³, que contiene una regla aplicable exclusivamente a la figura del contrato⁴⁴. Así, resulta que no cabe imponer la obligación de cumplir con un convenio, lo que trasluce la regla de que nadie está obligado a

⁴² El apartado XVI de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE núm. 342, de 31 de diciembre de 2020), dice, sobre los convenios: «Afortunadamente la ciencia ofrece grandes consensos y, en todo caso, los convenios ya contemplan mecanismos para su resolución o denuncia que *permiten poner fin a la colaboración si es voluntad de una de las partes*, con las garantías que la Ley 40/2015, de 1 de octubre y el propio convenio establecen». Vemos como la exposición de motivos del real decreto-ley reconoce expresamente la posibilidad de resolución unilateral de los convenios de colaboración, a voluntad de una de las partes, con las garantías que establece la ley y el propio convenio.

⁴³ El artículo 1.124 del Código Civil dispone:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

⁴⁴ O'Callaghan (2008) nos recuerda que en el contrato se produce una equivalencia de prestaciones que tiene un carácter sinalagmático. Como consecuencia de ese carácter sinalagmático cada parte es mutuamente acreedora y deudora de la obligación bilateral.

colaborar para la consecución de un fin que ya no comparte, al no existir regla jurídica que imponga tal obligación; ante el incumplimiento de un convenio la consecuencia jurídica es la resolución. De esta conclusión se infiere que existe un auténtico derecho subjetivo de resistencia, expresión de la libertad de no tener que colaborar en la consecución de un fin que no se comparte.

En cuanto a los efectos de la resolución, son que el convenio entra en fase de liquidación, en la que se determinan las obligaciones y compromisos de las partes (art. 52.1 LRJSP), si existen actuaciones en curso, las partes pueden acordar que finalicen (art. 52.3 LRJSP). En todo caso, para abordar el proceso de liquidación se debe partir del principio de equilibrio de las prestaciones, ya visto, y con base en el mismo actuar evitando atribuciones patrimoniales indebidas, que supondrían un enriquecimiento sin causa.

Mención independiente merece la indemnización de los perjuicios causados, que aparece prevista en el artículo 51.2 c) *in fine* de la LRJSP, cuando dice: «La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados si así se hubiera previsto». Resulta que la indemnización por daños debe estar prevista para que se pueda exigir, por lo que ante la falta de previsión, la resolución del convenio por esta causa da lugar a la simple liquidación equilibrada en los términos ya indicados. Así, la indemnización se convierte en un mecanismo de aseguramiento del cumplimiento del convenio, ya que penaliza a la parte que no quiere cumplir, siempre que esté prevista. Obsérvese aquí otro matiz o diferencia institucional del convenio con la figura del contrato, ya que en el caso del contrato el artículo 1.124.2º del Código Civil dispone: «El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos», por lo que impone el resarcimiento de daños (indemnización) en todo caso, esto es, como regla general.

6. Conclusiones

La figura del convenio goza de amplio predicamento en la práctica administrativa española; a pesar de su importancia, ha tenido una atención escasa por parte del legislador hasta hace bien poco (2015). No obstante, la figura se ha ido abriendo paso a lo largo de los años, por medio de las aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia, hasta ofrecer un concepto de convenio que se ha consolidado con la Ley de régimen jurídico del sector público de 2015. Esa evolución y consolidación normativa nos ha permitido valorar la dimensión institucional de la figura, llegando a la conclusión de que el convenio puede ser considerado como una institución propia del derecho administrativo, con importantes consecuencias prácticas.

El funcionamiento del convenio, como institución, permite encontrar soluciones a los problemas jurídicos que se plantean en su uso de una manera sistemática. Como muestra de esa forma de razonar jurídicamente, se ha analizado el régimen jurídico de la resolución unilateral del convenio, advirtiendo diferencias significativas con el régimen jurídico de la resolución de los contratos, estando motivadas en la dimensión institucional del convenio.

En particular, se ha encontrado un derecho que tiene cualquier parte suscriptora de un convenio a no colaborar en la consecución de un fin que no comparte, lo que se traduce en un auténtico derecho subjetivo de resistencia a la imposición de un deber de colaborar en la consecución de un fin que no comparte. El derecho de no continuar colaborando lo tienen todas las partes que suscriben el convenio; si bien el legislador hace una regulación del supuesto típico (el que afecta a la parte que cumple), debe extenderse el proceso a cualquier parte, ya que así lo impone el principio de seguridad jurídica.

Otra especialidad institucional de la figura es que, en el caso de incumplimiento, la regla general es la no indemnización por daños y perjuicios, frente al régimen del artículo 1.124 del Código Civil.

Finalmente, todo el proceso de razonamiento jurídico he tratado de enmarcarlo con un soporte doctrinal lo más sólido posible, arropando el razonamiento jurídico con ese apoyo doctrinal en la creencia de que el derecho es un instrumento técnico, por medio del cual se aportan soluciones a problemas reales. Es bueno incorporar el razonamiento teórico a las cuestiones prácticas con el objetivo de justificar esa permanente conexión entre aspectos prácticos y dogmáticos, que tan importante es en cualquier ciencia.

Referencias bibliográficas

- Bassols Coma, M. (1977). Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público. *Revista de Administración Pública*, 84.
- Bensusan Martín, M.^a P., (2016). La nueva regulación de los convenios: La conversión en derecho positivo de una práctica administrativa. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 96.
- Blanquer Criado, D. (2010). Pacta sunt servanda. En J. A. Santamaría Pastor (Dir.), *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. La Ley.
- Bobbio, N. (2016). *Teoría general del Derecho*. (5.^a ed.). Temis.
- Carnelutti, F. (2010). *Cómo nace el Derecho*. (4.^o ed.). Temis.
- Castro Bravo, F. de (1971). *El negocio jurídico*. Civitas.
- Castro Bravo, F. de (1972). *Temas de Derecho Civil. Bienes de la personalidad, patrimonio, persona jurídica, representación, abuso de los derechos, prescripción, caducidad*. Civitas.
- Coscolluela Montaner, L. (2002). *Manual de Derecho Administrativo*. (13.^a ed.). Civitas.
- Duguit, L. (2007). *Las transformaciones del derecho público y privado*. Comares.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2000). *Curso de Derecho Administrativo I*. (10.^a). Civitas.



- Hauriou, M. (2003). *Principios de Derecho Público y Constitucional* (edición original francesa: 1916). Comares.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los Problemas de la Ciencia Jurídica* (traducción de G. Robles y F. F. Sánchez), (1.ª ed., 1934). Trotta.
- Labandl, P. (2012). *Derecho Presupuestario* (estudio preliminar de Á. Rodríguez Bereijo). Tecnos.
- Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución* (1.ª ed., 1959). Ariel.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1962). La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 39.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (2007). *Instituciones de derecho administrativo*. Thomson-Civitas.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (Ed.). (2013). Santi Romano, aquí y ahora. En *El ordenamiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- O'Callaghan, X. (2008). *Compendio de derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*. (5.ª ed.).
- Romano, S. (1945). *L'ordinamento giuridico*. (2.ª ed.).
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Marcial Pons.



Régimen sancionador y estado de alarma

Juan José González López

Doctor. Letrado consistorial

Titular de la asesoría jurídica. Ayuntamiento de Burgos

jjgonzalez@ubu.es | <https://orcid.org/0000-0002-5494-2816>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

El presente trabajo tiene por objeto analizar distintas cuestiones relacionadas con el régimen sancionador aplicable al incumplimiento de las medidas adoptadas durante la vigencia de la declaración del estado de alarma como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19. Más concretamente, dada su eventual eficacia invalidante de las sanciones, se aborda la idoneidad del estado declarado de entre los previstos en el artículo 116 de la Constitución española, a la luz del supuesto concurrente y la afección a los derechos fundamentales, para, seguidamente, exponer las distintas normas que se han estimado aplicables para punir los incumplimientos antedichos. Tras examinar las diversas posturas mantenidas y, en particular, la interpretación de la Ley Orgánica 4/2015 como susceptible de sancionar la desobediencia a los mandatos contenidos en el Real Decreto de declaración del estado de alarma, se razona la procedencia de aplicar la Ley 33/2011 por ser la única que tipifica el incumplimiento de medidas adoptadas en respuesta a crisis sanitarias; ello sin perjuicio de la punición de la desobediencia a órdenes de la autoridad con apoyo en otra normativa. Finalmente, se realiza una somera justificación de la pervivencia de las sanciones una vez concluida la declaración del estado de alarma.

Palabras clave: estado de alarma; sanciones; desobediencia.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2021

Cómo citar: González López, J. J. (2021). Régimen sancionador y estado de alarma. *Revista CEFLegal*, 245, 85-114.





Sanctions regime and state of alarm

Juan José González López

Abstract

This work analyses several matters related to the sanctions regime applicable to the breach of measures taken while the state of alarm following the covid-19 health crisis was in force. More precisely, given its possible overruling efficiency on the sanctions, the suitability of the state adopted among those provided for in article 116 of the Spanish Constitution is addressed, and next are exposed the various regulations deemed to be enforceable to punish the aforementioned breaches. After examining the different positions maintained and, in particular, the interpretation of Ley Orgánica 4/2015 as suitable to penalise the disobedience of orders provided for in the Royal Decree declaring the state of alarm, enforcing Ley 33/2011 as the only one criminalising the breach of measures provided in response to health crises is argued, regardless of the punishment of disobedience to authorities' orders based on any other regulation. Finally, a quick justification of the persistence of those sanctions once the state of alarm has concluded is conducted.

Keywords: state of alarm; sanctions; disobedience.

Citation: González López, J. J. (2021). Régimen sancionador y estado de alarma. *Revista CEFLegal*, 245, 85-114.





Sumario

1. Análisis de los presupuestos del estado de alarma
2. Normativa sancionadora aplicable
 - 2.1. Desobediencia a la norma como desobediencia a la autoridad
 - 2.2. Vinculación del régimen sancionador con el presupuesto determinante de la declaración del estado de alarma
 - 2.3. La cuestión competencial

Referencias bibliográficas

1. Análisis de los presupuestos del estado de alarma

Antes de abordar la normativa sectorial aplicable para sancionar el incumplimiento de las restricciones y mandatos propios del estado de alarma, es preciso realizar un somero análisis de su presupuesto, ya que la correcta o incorrecta subsunción en él de la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19 es susceptible de cuestionar la validez de las sanciones impuestas. A este respecto, debe destacarse que la declaración del estado de alarma, así como sus eventuales prórrogas, se han identificado por el Tribunal Constitucional (TC en adelante) como decisiones o disposiciones con rango o valor de ley¹. Ello conlleva que la impugnación de las resoluciones sancionadoras con fundamento en la irregularidad invalidante de la declaración o prórroga del estado de alarma en que se fundamenta la punición de la infracción no puede articularse a través de la vía del artículo 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y solo cabe que se interese del órgano jurisdiccional que conozca del recurso contencioso-administrativo contra la resolución en cuestión que plantee cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución española, CE en adelante) o que, a través del recurso de amparo, lo que exige la alegación de vulneración de derechos fundamentales en la vía judicial previa preceptiva, el TC aprecie dicha lesión en la declaración o prórroga y suscite una autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, LOTC en adelante).

La CE prevé en su artículo 116 tres estados (alarma, excepción y sitio) destinados a dar respuesta a situaciones de excepcionalidad que desbordan los cauces procedimentales y potestades ordinarias. Dicho precepto dispone distintos requisitos y limitaciones, principalmente temporales, pero no concreta los supuestos en que resulta posible la declaración de cada uno de los estados contemplados, lo que obliga a acudir a la ley orgánica a que el apartado primero del artículo 116 de la CE remite su regulación.

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece en sus artículos 4, 13 y 32 los casos en que, respectivamente, cabe la declaración de los distintos estados². Fácilmente se advierte que, en línea con la intensidad de las li-

¹ Auto del Tribunal Constitucional (ATC en adelante) 7/2012, de 13 de enero, y Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en adelante) 83/2016, de 28 de abril. En relación con esta cuestión, González López (2020, pp. 110 y ss.).

² Artículo 4:

El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.

mitaciones o suspensiones de derechos fundamentales, así como de las medidas que son susceptibles de adoptarse en cada estado, un criterio empleado por el legislador es el de creciente gravedad que se atribuye a las alteraciones de la normalidad a que se vincula la declaración de cada uno³. Pero, además del indicado, existe otros factores de distinción.

Es posible agrupar los supuestos de hecho en función de que su origen necesaria o habitualmente radique o no en actividad humana. Es manifiesto que entre los segundos se cuentan los terremotos y, entre los primeros, las alteraciones del orden público y los actos de insurrección o fuerza. A caballo entre ambos se sitúan los restantes, que si bien pueden identificarse con más frecuencia con la intervención del ser humano (paralización o alteración grave de los servicios públicos esenciales o del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos) o fenómenos naturales (inundaciones, crisis sanitarias), son susceptibles de verse causados por actos humanos o no⁴.

La importancia de la distinción apuntada radica en que de la regulación de la Ley Orgánica 4/1981 se desprende que el estado de alarma es el prioritariamente llamado a res-

-
- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
 - b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
 - c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
 - d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Artículo 13.1:

Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción.

Artículo 32.1:

Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuatro del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio.

³ Se afirma en Aba Catoria (2011, p. 326) que el legislador, al establecer los supuestos en los que cabe declarar los estados excepcionales, escogió la opción «diferenciadora», de manera que «la declaración de uno de los tres estados excepcionales previstos obedece al principio de proporcionalidad que motiva su graduación, en cuanto que son las circunstancias concretas de cada situación las que determinan las medidas a adoptar bajo la legalidad extraordinaria». De «escala gradual» se califican los tres estados en Rodríguez Fernández (2020).

⁴ Así se apunta en Sandoval (2012).

ponder a situaciones provocadas por fenómenos naturales o por alteraciones generadas por personas pero de reducida intensidad, en tanto los estados de excepción y sitio lo son generalmente, o siempre en el segundo, para las ocasionadas por conductas humanas de elevada gravedad⁵. Esto se halla en consonancia con el tipo de medidas que pueden adoptarse, pues la inexistente o reducida incidencia del factor humano aparentemente hace factible controlar la situación sin necesidad de suspender derechos fundamentales (aunque pueda ser necesario limitar algunos), en tanto la causa humana, con destacada intensidad, demanda medios más extremos como es la suspensión. Proporciona, por tanto, un criterio interpretativo, ya que, ante una situación de origen no humano, es el estado de alarma el idóneo, sin descartar eventualmente el de excepción si la catástrofe llega a alcanzar las cotas de gravedad que prevé el artículo 13 de la Ley Orgánica 4/1981⁶.

En este sentido, el legislador emplea una técnica diversa para cada estado. En el de alarma enuncia los distintos supuestos de hecho (catástrofes, calamidades o desgracias con mención ejemplificativa de algunas de las que pueden concurrir; crisis sanitarias, con igual mención; paralización de servicios públicos esenciales; desabastecimiento de productos de primera necesidad), y otro tanto se hace al ocuparse del estado de sitio. En cambio, el estado de excepción no se define en función de los hechos que acontezcan, sino de su repercusión, esto es, de que el acontecimiento que tenga lugar implique que

el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo.

De este modo, el estado de excepción puede responder a supuestos de hecho propios de los estados de alarma o sitio (aunque no se agota en estos supuestos), siempre que por su incidencia en el ejercicio de los derechos, funcionamiento de las instituciones u otro aspecto del orden público sea incardinable en el artículo 13 de la Ley Orgánica

⁵ En este sentido, en Aba Catoria (2011, p. 330) se atribuye al estado de alarma «naturaleza no política», y en Lafuente Balle (1990, p. 36) se mantiene que «una interpretación objetiva y sistemática de la norma excluye la conflictividad social de los presupuestos de hecho de este estado excepcional». Por su parte, en Fernández Segado (1981, p. 95), se afirma que «en definitiva, mientras los estados de excepción y de sitio tienen una naturaleza eminentemente política, el estado de alarma obedece a hechos naturales y a circunstancias sociales, con lo que presenta una naturaleza eminentemente social, de la que brilla por su ausencia todo matiz político, aunque tal afirmación no debe entenderse con un valor absoluto».

⁶ En esta línea, se apunta en Álvarez García (2020, p. 10), que la tipificación en la Ley Orgánica 4/1981 «obedece preferentemente no tanto a cuestiones de intensidad en la gravedad de la situación (o, en otros términos, a niveles cuantitativos), como al intento de ofrecer una respuesta diferenciada a situaciones de crisis de una distinta naturaleza (esto es, a cuestiones cualitativas)».

4/1981, y presentarse, por tanto, como una escalada respecto del estado de alarma o una alternativa más liviana desde la óptica de los derechos fundamentales de los ciudadanos en comparación con el estado de sitio, en todo caso sujeta a la valoración ponderada que efectúe el Ejecutivo para acudir a uno u otro y someterse a sus respectivos requisitos de autorización⁷. Este elemento diferenciador debe orientar la interpretación o identificación del régimen aplicable, ya que este ha de hallarse en línea con el supuesto determinante de la aplicación del estado de alarma, que no solo es la gravedad, sino también el supuesto a que se pretende dar respuesta (situación fáctica o incidencia de la situación, según el estado declarado).

Desde la óptica del supuesto de hecho presente, nada reprochable se aprecia en el recurso a la declaración del estado de alarma para hacer frente a la crisis generada por la pandemia de la covid-19⁸. No hay duda de que coincide con el contemplado en el artículo 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, pues se trata indudablemente de una pandemia global (así lo ha declarado la Organización Mundial de la Salud), que integra consecuentemente una crisis sanitaria⁹. Cabría cuestionarse, no obstante, si por su grado de incidencia el supuesto de hecho (crisis sanitaria) es susceptible de justificar la declaración del estado de excepción. La respuesta ha de ser eventualmente afirmativa. Si bien han de deslindarse las consecuencias de la declaración del estado de alarma u otras medidas sanitarias y las directamente derivadas de la enfermedad que se trata de erradicar, puede advertirse que la covid-19, por sí misma, esto es, al margen de la reacción de los poderes públicos, compromete los aspectos indicados, pues el padecimiento de la enfermedad y el temor al contagio constriñen la conducta social, afectan al desenvolvimiento de la actividad judicial, parlamentaria, etc., y a los servicios públicos esenciales, con especial incidencia en uno tan básico como es el sanitario, al que ocasiona una sobrecarga asistencial capaz de colapsarlo. El que el impacto sea inicialmente reducido no debe distraer del hecho constatado de que la enfermedad genera una alteración creciente hasta alcanzar cotas de gravedad precisadas de medios extraordinarios, como han venido experimentado múltiples Estados, incluidos los reacios a su adopción, caso del Reino Unido.

⁷ En este sentido, el artículo 28 de la Ley Orgánica 4/1981 contempla el supuesto de que la alteración del orden público dé lugar, «o coincida», con las circunstancias que permiten la declaración del estado de alarma.

En Fernández Segado (1981, p. 95), se afirma que «el estado de alarma no es una fase previa al de excepción, y ello porque entre las alteraciones graves de la normalidad que legitiman su declaración no nos encontramos con el supuesto de alteración del orden público». Mas el que la declaración del estado de alarma no sea un requisito necesario para poder declarar el de excepción no implica que la incorporación de la alteración del orden público a una situación inicialmente propia del estado de alarma no conlleve una sucesión cronológica de ambos.

⁸ Se afirma en Álvarez García (2020, p. 10) que «para la lucha contra las crisis sanitarias el estado excepcional apropiado es el de alarma».

⁹ Declaración efectuada por el Director General de la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020.

Existe base constitucional para la declaración del estado de excepción, en función de las circunstancias¹⁰. Mas el que la crisis sanitaria de la covid-19 pueda, en un momento dado, legitimar esa declaración no implica que así deba hacerse desde el principio o que deba esperarse a que las alteraciones sean tan graves que no haya más remedio que recurrir a ella. La concreción de las medidas oportunas debe hacerse no solo a la luz del supuesto justificador, sino también de la proporcionalidad¹¹. Como se ha indicado, el estado de excepción, cuando se aplica a un supuesto de hecho encuadrable en el estado de alarma, supone una escalada desde la óptica de los derechos fundamentales. Por ello, la opción por el estado de alarma, que en todo caso debe ser previo al de excepción en supuestos como el descrito, o el de excepción debe hacerse también en atención al impacto para los derechos fundamentales, ya que la incidencia del segundo es incomparablemente superior. Esto es, si con la declaración del estado de alarma, que además es el específicamente previsto para crisis sanitaria, basta para contener y remediar la situación, no ha de declararse el estado de excepción, como no se ha hecho, correctamente, en la crisis de la covid-19.

Al hilo de lo anterior, otra de las cuestiones que se suscitan es la amplitud o legitimidad de la restricción de derechos fundamentales que ha comportado el estado de alarma. Más concretamente, se cuestiona que las restricciones impuestas en virtud de la declaración y sucesivas prórrogas del estado de alarma han encubierto una suspensión del derecho a la libertad de circulación reconocido por el artículo 19 de la CE, así como de otros derechos fundamentales (libertad ideológica y religiosa, derecho de reunión, etc.)¹².

El artículo 55.1 de la CE contempla la suspensión de los derechos reconocidos en los artículos 17 (salvo lo dispuesto en el apartado tercero para el estado de excepción), 18 (apartados segundo y tercero), 19, 20 (apartados primero, a) y d), y quinto), 21, 28 (apartado segundo) y 37 (apartado segundo) d la CE, pero únicamente en el caso de declaración de los estados de excepción y sitio, con el matiz ya indicado. Ello supone que la suspensión de derechos fundamentales se halla vetada en el supuesto de estado de alarma, y así se refleja en la Ley Orgánica 4/1981, que únicamente regula la suspensión de derechos fundamentales al ocuparse de los estados de excepción y sitio. Lo que sí prevé dicha ley orgánica al regular el estado de alarma es la limitación de la libertad de circulación¹³. Dónde se halla la frontera

¹⁰ Así se entiende en Díaz Revorio (2020).

¹¹ Acerca del principio de proporcionalidad, Pedraz Penalva (1990, pp. 313-376) o González Beilfuss (2003), entre otros.

¹² Establece el artículo 19 de la CE que «los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos».

¹³ El artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 dispone que «con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos».

entre la limitación, permitida en estado de alarma, y la suspensión, restringida a los otros dos estados, es lo que origina la polémica, dada la extensión que dicha limitación ha alcanzado¹⁴.

¹⁴ Merece la pena recordar el contenido del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19:

1. Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:
 - a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.
 - b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
 - c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
 - d) Retorno al lugar de residencia habitual.
 - e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
 - f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
 - g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
 - h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.
2. Los menores de 14 años podrán acompañar a un adulto responsable de su cuidado cuando este realice alguna o algunas de las actividades previstas en el apartado anterior.
3. Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en los apartados anteriores o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.
4. En todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias.
5. El Ministro del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos.

Cuando las medidas a las que se refiere el párrafo anterior se adopten de oficio se informará previamente a las Administraciones autonómicas que ejercen competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial.

Las autoridades estatales, autonómicas y locales competentes en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial garantizarán la divulgación entre la población de las medidas que puedan afectar al tráfico rodado.
6. El Ministro de Sanidad podrá, en atención a la evolución de la emergencia sanitaria, dictar órdenes e instrucciones en relación con las actividades y desplazamientos a que se refieren los apartados 1 a 4 de este artículo, con el alcance y ámbito territorial que en aquellas se determine.

En Rodríguez (2020) se considera que no es la declaración, sino algunas de las medidas adoptadas con posterioridad las que han determinado que se exceda el ámbito del estado de alarma. Sin embargo, no se acierta a concretar a qué medidas se refiere, pues prácticamente todas las que se pueden inducir de la alusión a distintos derechos (no todos fundamentales, pese a lo que se afirma en el texto) que se hace en el artículo están presentes desde el Real Decreto 463/2020 en su redacción inicial. Por su parte, en Nogueira López (2020, p. 29) se afirma que «estas suspensiones generales para todo el territorio y para toda la ciudadanía, tan solo sometidas a una serie limitada de excepciones previstas en el artículo 7 del

La cuestión es compleja. Se ha mantenido que la suspensión comporta que las garantías y alcance de los derechos fundamentales suspendidos quedan en manos del habilitado para dictar disposiciones con fuerza de ley en el estado que legitima la suspensión de los derechos fundamentales (Cotino Hueso, 2020, p. 92). También se ha sostenido que permite a los poderes públicos desconocer el límite que constituye el contenido esencial de los derechos fundamentales y que estos derechos se someten a una mayor discrecionalidad en lo tocante al régimen de ejercicio de tales derechos¹⁵. Otros autores, en cambio, afirman que la CE contempla la «suspensión» como «derogación provisional» de los derechos (Velasco Caballero, 2020).

Procede destacar, en primer lugar, que si bien en el artículo 20 de la Ley Orgánica 4/1981 se alude a la «suspensión del artículo diecinueve de la Constitución» en el supuesto de estado de excepción, la lógica que se aplica no es la de restricción. El artículo 20 no parte de la habilitación para delimitar los derechos reconocidos en el artículo 19 de la CE (suspendidos) y prevé las eventuales salvedades a esa suspensión, sino que, en paralelo a las limitaciones contempladas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, dispone qué tipo de restricciones pueden establecerse por la autoridad gubernativa en relación con las libertades de circulación y residencia, cuya eficacia con carácter general no cuestiona¹⁶. De este

RD del estado de alarma, parecen encajar más adecuadamente en las actuaciones previstas en el art. 20 de la regulación del estado de excepción (LO 4/1981) que, además, está sometido a un control parlamentario reforzado con respecto al necesario para el estado de alarma». La procedencia del estado de excepción se mantiene rotundamente en Amoedo-Souto (2020, p. 67).

¹⁵ Requejo Rodríguez (2001, p. 113), en que se mantiene que «en definitiva, la suspensión de los derechos no es equiparable a su supresión transitoria. Los poderes públicos no pueden comportarse «como si» los derechos no existiesen; tan solo se les habilita a sustituir temporalmente su régimen jurídico habitual por otro que no tiene por qué respetar su contenido esencial», y Fernández Segado (1983), respectivamente.

¹⁶ Dispone el artículo 20 que:

Uno. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo diecinueve de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir.

Dos. Igualmente podrá delimitar zonas de protección o seguridad y dictar las condiciones de permanencia en las mismas y prohibir en lugares determinados la presencia de persona que puedan dificultar la acción de la fuerza pública.

Tres. Cuando ello resulte necesario, la Autoridad gubernativa podrá exigir a personas determinadas que comuniquen, con una antelación de dos días, todo desplazamiento fuera de la localidad en que tengan su residencia habitual.

Cuatro. Igualmente podrá disponer su desplazamiento fuera de dicha localidad cuando lo estime necesario.

Cinco. Podrá también fijar transitoriamente la residencia de personas determinadas en localidad o territorio adecuados a sus condiciones personales.

Seis. Corresponde a la Autoridad gubernativa proveer de los recursos necesarios para el cumplimiento de las medidas previstas en este artículo y, particularmente, de las referidas a viajes, alojamiento y manutención de la persona afectada.

modo, la distinción entre el estado de alarma y el de excepción se refleja en la ley orgánica en función del alcance de las restricciones previstas, que en ambos casos parten de la vigencia y eficacia genérica del derecho¹⁷.

Al margen de la posibilidad de imponer desplazamientos o traslados de residencia que permite el estado de excepción, frente al de alarma, en ambos se prevé la afectación a la circulación y permanencia en horas y lugares determinados (arts. 11.a) y 12.1 y 2, respectivamente). Mas en el estado de alarma se emplea la expresión «limitar», en tanto en el de excepción se usa la de «prohibir», lo que implica que en el primer caso se constriñe, se acota, pero no se exceptiona en toda su extensión, en contra de lo que sucede en el segundo. En ello reside el elemento diferencial entre los efectos del estado de alarma y el de excepción.

El estado de alarma puede comportar una limitación extraordinariamente amplia del derecho a la libertad de circulación, como se ha podido comprobar¹⁸. La presencia en la vía pública se redujo inicialmente a supuestos muy tasados y puntuales, pero, y es lo decisivo, no se excluyó. La prohibición, que comporta la interdicción de la presencia en lugares u horas determinados está reservada al estado de excepción, vinculación esta que se relaciona con el tipo de supuestos a que cabe entender prioritariamente dirigido dicho estado (los desórdenes públicos por tumultos, insurrecciones, etc.). Un foco localizado de conflicto (muy grave, necesariamente, para que justifique la declaración del estado de excepción) puede requerir que la presencia de personas en el lugar en que acaece no solo se restrinja, sino que se prohíba, y lo mismo es predicable de lapsos de tiempo concretos en determina-

Siete. Para acordar las medidas a que se refieren los apartados tres, cuatro y cinco de este artículo, la Autoridad gubernativa habrá de tener fundados motivos en razón a la peligrosidad que para el mantenimiento del orden público suponga la persona afectada por tales medidas.

¹⁷ En este sentido, en Fernández Segado (1981, pp. 107-108) se señala que «la suspensión lleva implícita la idea de una actuación administrativa que, al estar libre de las limitaciones normales, podrá decidir con mayor discrecionalidad. No obstante, tal actuación no es absolutamente libre, pues en muchos casos la propia ley establecerá las facultades que concede para actuar de manera más amplia o más estricta, según la situación planteada sea más o menos grave».

Se explica así que en Requejo (2001, p. 115), se razone que «la suspensión de derechos queda constitucionalmente descartada en el supuesto de que el Gobierno declare un estado de alarma. Aun así, lo cierto es que entre las medidas que puede adoptar la autoridad competente –el Gobierno o el Presidente autonómico, por delegación– ante catástrofes, accidentes de gran magnitud, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, resulta imposible distinguir en algunos casos dónde termina la limitación de los derechos fundamentales, lícita y justificable ante las circunstancias descritas, y dónde empieza ilícitamente una suspensión reservada en exclusiva a los estados de excepción y de sitio». Al rechazarse, en lógica garantía de los derechos fundamentales, que «suspensión» equivalga a «supresión», la delimitación del alcance de la suspensión se desplaza a las restricciones y se mantiene que los derechos afectados se sujetan a un régimen excepcional de limitaciones que no cuestiona su vigencia. Así, Aba Catoria (2011, p. 328) y Álvarez García (2020).

¹⁸ De «suspensión absoluta de la libertad de circulación» se califica en Enríquez Malavé (2020).

das circunstancias (noches, verbigracia) cuando el desorden está asociado a un momento o periodo determinado. Una emergencia sanitaria, por su parte, es susceptible de encajar tanto en el supuesto del estado de alarma como en el de excepción, según la incidencia que alcance esa crisis y sin que sea preciso que pueda afectar a toda la población (puede localizarse en un lugar determinado). La distinción, en estos casos, radica en el tipo de supuesto, que hace necesaria medidas más coercitivas que la simple limitación (prohibición o incluso traslados forzosos)¹⁹.

Se ha objetado, no obstante, que el alcance de las limitaciones ha sido tan extenso que ha afectado al contenido esencial del derecho fundamental (Enríquez Malavé, 2020). A ello cabe oponer que las restricciones, a pesar de su amplitud, no han desnaturalizado legislativamente el derecho, que se reconoce aunque sea muy constreñido, y que este no ha devenido impracticable (no se ha prohibido), pues incluso en el periodo en que las restricciones han sido más rigurosas ha existido un margen de ejercicio apreciable²⁰. En cuanto a la dificultad dentro de lo razonable, se trata de un debate vinculado a la proporcionalidad.

La línea divisoria entre los estados de alarma y excepción, por lo que a la libertad de circulación se refiere, debe situarse en los términos absolutos de la restricción que comporta (puede comportar, más exactamente) el de excepción, frente a los relativos (por muy amplios que sean) de la propia del estado de alarma²¹. Ello no implica, en todo caso, que la presencia de una limitación (no prohibición) conlleve, *per se*, la legitimidad de la restricción, sino que supone que el análisis de corrección de las limitaciones debe efectuarse no a la luz de la subsunción en el estado de los previstos en el artículo 116 de la CE (adecuada si no implica exceptuación de la eficacia del derecho), sino de la proporcionalidad de las medidas adoptadas en relación con el supuesto de hecho.

¹⁹ Debe insistirse en que las restricciones que permite el estado de excepción requieren que concurra el supuesto de afectación al orden público. Como se afirma en Lafuente Balle (1990, p. 49), «la razón estriba en que la consistencia de la normativa exige que la inclusión de estas medidas en la decreto del estado de excepción responda al presupuesto de hecho de la declaración que, conforme al artículo 13.1 de la Ley Orgánica, tan solo puede ser una grave alteración del orden público; de forma que resultaría ilegal que para estas medidas de aplicación generalizada se previese de una finalidad distinta a la expresamente establecida para las de aplicación individualizada». Y en el ATC de 30 de abril de 2020, se afirma claramente que «y no se trata aquí de garantizar del orden público o de asegurar la no alteración del orden público. Tampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas».

²⁰ Seguimos los caminos para identificar el contenido esencial que se señalan en la STC 11/1981, de 7 de abril.

²¹ En Álvarez de Mora (2020) se mantiene que «en ese sentido, en relación con los derechos fundamentales, la prohibición es (si no formal al menos materialmente) equiparable a la suspensión entendida como derogación», y se atribuye carácter prohibitivo a las medidas adoptadas con apoyo en que las excepciones no cuestionan la existencia de una prohibición general. Mas lo cierto es que esas excepciones refutan la prohibición, que sí se prevé en el estado de excepción, pues, si de acuerdo con el mismo artículo, «limitar una conducta implica reglar», la realidad normativa es de una limitación extraordinariamente amplia, pero no prohibitiva. En sentido coincidente con el artículo citado, Díaz Revorio (2020).

Otra cuestión controvertida es la relativa a las limitaciones de derechos fundamentales distintos de los reconocidos en el artículo 19 de la CE. A la restricción de la presencia y circulación por vías o espacios de uso público se han acompañado otras medidas con incidencia en otros derechos fundamentales, caso de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE) y el derecho a la educación (art. 27 CE)²². Asimismo se aprecia la eventual afección a otros derechos derivada de las restricciones a la circulación por vías públicas, como acaece singularmente con el derecho de reunión y manifestación (artículo 21 CE), acerca de la cual ha tenido ocasión de pronunciarse el TC²³.

Por una parte, aunque las restricciones de estos derechos pueden situarse teóricamente al margen de las relativas a la libertad de circulación, pues lo que pretenden es reducir la posibilidad de contagio a través de la evitación de la concentración de personas en un determinado lugar (centros educativos, lugares de culto), es evidente que se ven influidas por las primeras, ya que no se contempla el desplazamiento por las vías o espacios de uso público para acudir a tales lugares, ni se exceptúan las limitaciones con vistas a garantizar el ejercicio de dichos derechos. Por otra, han de diferenciarse derechos a los que se refiere el artículo 55.1 de la CE (caso de los del artículo 21 CE) y otros que no se mencionan en él (verbigracia, los del artículos 16 CE). Con atención a estas circunstancias es posible abordar la legitimidad de las restricciones indicadas.

Respecto de la habilitación gubernamental para establecer limitaciones a derechos fundamentales distintos de la libertad de circulación, claramente tomada en consideración en el artículo 11.1 a) de la Ley Orgánica 4/1981, debe estimarse admisible en la medida en que tales restricciones sean proporcionales al supuesto de hecho que motivó la declaración del estado de alarma. Sabido es que ningún derecho fundamental es ilimitado y que, también vía normativa, resulta factible establecer limitaciones en atención a otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (como en este caso es la salud pública, art. 43 CE), siempre que esas restricciones superen la ponderación propia del principio de proporcionalidad. Aunque la ley orgánica no haga una referencia tan clara como la atinente a la libertad de circulación (reflejada indubitadamente en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, que tiene por rúbrica «limitación de la libertad de circulación de las personas»), no por ello debe rechazarse la legitimidad constitucional de la limitación de otros derechos fundamentales²⁴. Ahora bien, limitar no puede comportar prohibir, pues la CE no solo no

²² Muestra de lo primero es la suspensión de la actividad educativa presencial (art. 9.1 del Real Decreto 463/2020) y de lo segundo el condicionamiento de la asistencia a los lugares de culto y ceremonias civiles y religiosas (art. 11).

²³ ATC de 30 de abril de 2020.

²⁴ De hecho, que el artículo 11.1 a) de la Ley Orgánica 4/1981 se refiera genéricamente a «lugares determinados», sin añadirle el adjetivo «públicos», y aluda no solo a la «circulación», sino también a la «permanencia», refuerza la idea de que la medida no está orientada exclusivamente a la libertad de circulación, sino que también puede servir de soporte a la restricción de otros derechos.

contempla la suspensión de derechos fundamentales durante la vigencia de un estado de alarma, sino que ni siquiera permite la suspensión de ciertos derechos fundamentales afectados como la libertad ideológica, religiosa y de culto en cualquiera de los estados previstos en el artículo 116 de la CE. Durante el estado de alarma es posible condicionar el ejercicio de tales derechos, pero no prohibirlo, y siempre que resulte idóneo, adecuado y proporcional en sentido estricto a la finalidad perseguida.

Lo anterior permite dar respuesta al tratamiento que procede dar a restricciones de derechos fundamentales que no están expresamente contempladas ni en la Ley Orgánica 4/1981 ni en el Real Decreto de declaración del estado de alarma y sucesivas prórrogas, caso del ejercicio del derecho de manifestación. En estos supuestos existe una limitación derivada de la imposibilidad de materializar tal derecho sin contravenir las restricciones de la libertad de circulación. La suspensión (prohibición en la expresión que la Ley Orgánica 4/1981 atribuye a tal restricción de los derechos fundamentales) sí es posible en los estados de excepción y sitio, pero no en el de alarma. Debe rechazarse, por ello, cualquier aplicación de la ley orgánica o de los reales decretos dictados con fundamento en la misma que comporte la suspensión del derecho. Para evitar que ello se produzca podría acudir al ejercicio de derecho de forma compatible con las limitaciones previstas en el real decreto, pero sucede que con la redacción dada al artículo 7 no es factible. Ni siquiera la alternativa de realizar la manifestación a bordo de vehículos se ajusta al tenor literal del artículo 7, ya que el apartado tercero de dicho precepto dispone que «igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en los apartados anteriores o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio». Así pues, la alternativa es efectuar una interpretación del artículo 7 del real decreto a la luz del régimen constitucional de los derechos fundamentales, más concretamente de la imposibilidad de prohibir (suspender) el ejercicio de derechos fundamentales durante la vigencia del estado de alarma y concluir que las restricciones de derechos fundamentales no previstas expresamente en el real decreto pero derivadas de sus medidas deben ajustarse a un juicio de ponderación²⁵.

²⁵ Esta lógica está presente en el ATC de 30 de abril, que tras señalar que «el derecho de manifestación no es, como no lo es ninguno, un derecho ilimitado», razona la adecuación de la prohibición de la manifestación a la luz del análisis que efectúa en atención al principio de proporcionalidad, esto es, realiza una ponderación en función de las circunstancias concurrentes, al igual que se aprecia en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 214/2020, de 21 de mayo, que llega a una conclusión distinta en atención a unas circunstancias que habían variado. Como afirma la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 195/2020, de 30 de abril, «conviene remarcar esta última afirmación para despejar cualquier duda acerca de que el RD 463/2020 no ha suspendido el derecho fundamental de reunión, ni expresa ni implícitamente, pese a limitar de forma temporal el ejercicio de determinados derechos y libertades, como expresa su preámbulo, con el declarado propósito de proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública». Ello frente al supuesto impedimento de los derechos de reunión, manifestación y de huelga que se atribuye en Enríquez Malavé (2020) a las limitaciones a la libertad de circulación.

Aplicado a la efectividad del ejercicio de derechos prevista en el propio Real Decreto de declaración del estado de alarma (aunque sea con los condiciones que en él se establecen), lo razonado conlleva que las limitaciones de la libertad de circulación no deben impedir dicha efectividad, de modo que si se permite acudir a lugares de culto, ha de admitirse el desplazamiento por espacios de uso público a tales lugares, aunque el artículo 7 no lo mencione. Esto se suma a que las limitaciones, cuando amenacen con impedir el ejercicio de otros derechos (caso del de manifestación), deben inaplicarse y, en su lugar, someter la restricción del ejercicio (incluso su exclusión en casos particulares) al juicio de proporcionalidad que resulte aplicable al derecho en cuestión.

2. Normativa sancionadora aplicable

Es este uno de los aspectos más problemáticos planteados por el estado de alarma. La necesidad de garantizar el cumplimiento del confinamiento y de las distintas restricciones asociadas al proceso de «desescalada» generó la formulación de miles de denuncias que han acarreado un número de sanciones que, si bien es inferior al de estas, resulta a todas luces elevado. Y, como respuesta ciudadana, a pesar de las reducciones de sanción por su abono sin recurso, no son pocas las que han llegado a la vía judicial²⁶.

La Ley Orgánica 4/1981 no establece el régimen sancionador aplicable durante el estado de alarma, sino que se limita a disponer que «el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes» (art. 10.1). La remisión del precepto y su consecuente dosis de inseguridad jurídica se ve paliada en el apartado segundo, que reconduce al orden jurisdiccional penal y expediente disciplinario la sanción de los incumplimientos o resistencias indicados cuando son cometidos por funcionarios, pues en tal caso no cabe duda de que

²⁶ Dispone el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPACAP), que

1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.
2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.
3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estos acumulables entre sí. Las citadas reducciones deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción. El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente.

el régimen aplicable es el previsto en el título VII («régimen disciplinario») del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), y normativa de desarrollo en función del tipo de relación (funcionarial o laboral), o el régimen disciplinario propio de los empleados públicos a los que no es aplicable directamente el TREBEP (art. 4)²⁷.

La ausencia de establecimiento de un régimen sancionador propio del estado de alarma ha sido objeto de crítica por la inseguridad jurídica que la acompaña, pero ha de reputarse adecuada²⁸. Dado que el presupuesto de la declaración del estado de alarma es variado, como lo son las medidas que pueden acordarse, resultaría complejo tipificar las conductas (activas o pasivas) de contravención de las medidas adoptadas, las cuales, si bien se prevén en el artículo 11 de la ley orgánica, lo están de forma genérica, de modo que admiten una concreción muy diversa. El establecimiento de un régimen sancionador directamente relacionado con el estado de alarma presenta el riesgo de que resulte demasiado abstracto o excesivamente exhaustivo, según la amplitud en la descripción de las conductas.

Ahora bien, la opción alternativa, que es la reflejada en la Ley Orgánica 4/1981, no está ni mucho menos a salvo de inconvenientes. La remisión del artículo 10 obliga a integrar el precepto mediante la identificación del régimen sancionador apropiado para reaccionar a los incumplimientos de las medidas específicas adoptadas en la declaración del estado de alarma y sus sucesivas prórrogas²⁹. Al margen del ámbito penal, en que la respuesta la proporciona la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, las dudas se originan al determinar la normativa aplicable en el administrativo sancionador. A este respecto, cabe cuestionarse si el Real Decreto de declaración del estado de alarma o los de sucesiva prórroga podría haber concretado la normativa sectorial aplicable³⁰. Se ha mantenido que, al constituir disposiciones con fuerza de ley, los reales decretos de declaración del estado de alarma o sus prórrogas serían susceptibles de tipificar las infracciones y establecer las sanciones aparejadas al incumplimiento de sus medidas (Amoedo-Souto, 2020, p. 71; Cano Campos, 2020b). Frente a ello, ha de objetarse que la Ley Orgánica 4/1981 remite a las «leyes» y no parece apropiado realizar una interpretación extensiva de esa referencia para dar cabida a disposiciones que no lo son formalmente, como es el caso del Real Decreto de declaración del estado de alarma. Ya se entienda que la relación entre la ley orgánica y los reales decretos relativos al estado de alarma es jerárquica o, como compartimos, competencial, por tratarse de una ley

²⁷ Aunque el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 4/1981 emplea el término «funcionarios», debe entenderse que la referencia lo es a los «empleados públicos» (art. 8.1 TREBEP), sean funcionarios o laborales.

²⁸ En López Donaire (2020, pp. 34 y 35) se aboga por haber concretado el régimen sancionador y competencia en el real decreto de declaración del estado de alarma.

²⁹ En Amoedo-Souto (2020, pp. 71 y 72) se formulan reproches desde la óptica de la tipicidad y la proporcionalidad.

³⁰ No lo ha hecho: el artículo 20 del Real Decreto 463/2020 dispone que «el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio».

orgánica (art. 28.2 LOTC) y una disposición con fuerza o valor de ley, no le es dado a un real decreto, que debe respetar lo establecido en la ley orgánica, ceñir la remisión efectuada por la primera, so pena de alterar el régimen aplicable en virtud de esta. Una previsión del tipo de la referida únicamente podría ser interpretativa, pero no imperativa, pues, si se concluyera que una concreta conducta tiene encaje en una ley no contemplada en las eventualmente relacionadas en el real decreto, habría de estimarse que el real decreto incurre en inconstitucionalidad por acotar la remisión de la ley orgánica, que no especifica un marco sectorial.

Tres son los bloques normativos que se han considerado aparentemente incardinables en la remisión (Abogacía General del Estado, 2 de abril de 2020).

- La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, concretamente su artículo 36.6, que tipifica como infracción grave «la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación».
- La Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, cuyo artículo 45.3.b) tipifica como infracción muy grave «en las emergencias declaradas, el incumplimiento de las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes o los miembros de los servicios de intervención y asistencia, así como de los deberes de colaboración a los servicios de vigilancia y protección de las empresas públicas o privadas, cuando suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes».
- La Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, artículos 57.2 a) 1.º («la realización de conductas u omisiones que produzcan un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población», muy grave), 57.2 b) 1.º («la realización de conductas u omisiones que puedan producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población, cuando esta no sea constitutiva de infracción muy grave», grave) y 3.º («el incumplimiento de las instrucciones recibidas de la autoridad competente, si comporta daños para la salud, cuando no sea constitutivo de infracción muy grave») y 57.2 c) 1.º («el incumplimiento de la normativa sanitaria vigente, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población», leve).

2.1. Desobediencia a la norma como desobediencia a la autoridad

La sanción del incumplimiento de las medidas acordadas en el Real Decreto de declaración del estado de alarma al amparo de la Ley Orgánica 4/2015 se ha fundamentado en una interpretación del artículo 36.6 conforme a la cual basta la contravención de las limita-

ciones a la libertad de circulación, sin necesidad de previo requerimiento de los agentes de la autoridad, para que se incurra en la conducta tipificada³¹.

Una interpretación histórica del precepto aconseja acudir a su precedente más inmediato, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana. También en ella se preveía como infracción (leve) la desobediencia a la autoridad o sus agentes (art. 26 h), si bien su redacción presentaba destacables diferencias con la actual. En primer lugar, se refería a los «mandatos» de la autoridad o sus agentes frente al «ejercicio de sus funciones» de la vigente ley orgánica; en segundo, vinculaba la desobediencia a que los mandatos lo fueran «en directa aplicación de lo dispuesto en la presente ley». De estas matizaciones, la primera no presenta demasiada importancia con vistas a determinar el alcance del precepto, ya que tanto los mandatos como el ejercicio de sus funciones podrían interpretarse como referidos a los contenidos o reflejados en la norma y no necesariamente a los de las autoridades o agentes en aplicación de estas. En cambio, la segunda sí es especialmente relevante, por cuanto, al conectar los mandatos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1992, acotaba el marco material de las medidas y las constreñía a las previstas en ella, de manera que estas no solo se relacionaban claramente con la seguridad ciudadana (lo cual también es predicable, como se expondrá, de la ley orgánica vigente), sino que su elenco era tasado, y excluía la posibilidad de entender los mandatos como normativos, pues el propio precepto aludía a la «directa aplicación» de la norma, no a la previsión normativa de mandatos.

La otra referencia normativa para interpretar el alcance del precepto la proporciona la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP en adelante), cuyo artículo 556 tipifica el delito de desobediencia³². Claramente se advierte que dicho precepto sirvió de referencia para la redacción del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, en lo tocante a la desobediencia o resistencia, pues este no solo contiene la matización de que la conducta no debe ser constitutiva de delito (lo que también hacía la Ley Orgánica 1/1992), sino que su tenor es sustancialmente coincidente, con la salvedad de la gravedad que se exige en el CP.

Al respecto, la jurisprudencia ha identificado como requisitos para la comisión del delito de desobediencia los siguientes³³:

- a) El carácter terminante, directo o expreso de la orden dictada por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, debiendo imponer al particular una conducta activa o pasiva.

³¹ Así se detalla este planteamiento en Abogacía General del Estado (2 de abril de 2020).

³² Dispone el artículo 556.1 del CP que «serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

³³ STS, Sala de lo Penal, 1219/2004, de 10 de diciembre.

- b) Su conocimiento, real y positivo, por el obligado.
- c) La existencia de un requerimiento por parte de la autoridad hecho con las formalidades legales, sin que sea preciso que conlleve el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia en caso de incumplimiento³⁴.
- d) La negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a la misma, que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad.
- e) En todo caso, debe alcanzar una especial gravedad al objeto de diferenciar el delito de la falta de desobediencia prevista en el artículo 634 del CP³⁵.

La referencia a la «orden» apunta a acto jurídico, no a norma. De hecho, esa es la concepción que se trasluce de la Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre la práctica de los registros corporales externos, la interpretación de determinadas infracciones y cuestiones procedimentales en relación con la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, al establecer que

³⁴ Este requisito no es pacífico, pues, como se señala en Moreno (2020) existen sentencias que lo excluyen. En dicho estudio se cita también la STS, Sala de lo Penal, 722/2018, de 23 de enero, en apoyo de tal postura, pero ese respaldo no es tan claro, pues dicho pronunciamiento, argumenta que «la tesis de que sin notificación y sin requerimiento personales el delito de desobediencia previsto en el art. 410 del CP no llega a cometerse obliga a importantes matices. En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts. 556, 348.4.c, 616 quáter CP), el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Solo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, en aquellas otras ocasiones en las que el mandato está incluido en una resolución judicial o en una decisión u orden de la autoridad superior (cfr. art. 410.1 CP) y se dirige, no a un particular, sino a una autoridad o funcionario público, la exigencia de notificación personal del requerimiento ha de ser necesariamente modulada. Lo decisivo en tales casos es que la falta de acatamiento, ya sea a título individual por el funcionario concernido, ya como integrante del órgano colegiado en el que aquel se integra, sea la expresión de una contumaz rebeldía frente a lo ordenado. Lo verdaderamente decisivo es que el funcionario o la autoridad a la que se dirige el mandato tenga conocimiento de su existencia y, sobre todo, del deber de acatamiento que le incumbe».

³⁵ La derogación de dicho precepto, enmarcada en la de la totalidad de las faltas, por la disposición derogatoria única.1 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incide en la correlación del artículo 556 del CP (infracción penal) y el 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015 (infracción administrativa), pues la desobediencia penada en el artículo 634 del CP era la leve, que debe entenderse comprendida en la tipificación administrativa por exclusión de la grave, penal. Así lo entiende la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de diciembre de 2019: «En consecuencia, ha de concluirse que la resistencia y la desobediencia que no revistan un carácter grave, no serían constitutivas de delito cuando se cometan en relación con los agentes de la autoridad, constituyendo solo, y en su caso, una infracción administrativa contemplada en la LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana».

Por tanto, debe entenderse que una leve o primera negativa al cumplimiento de las órdenes o instrucciones dadas por los agentes no puede constituir una infracción del artículo 36.6, si no se trata de una conducta que finalmente quiebre la acción u omisión ordenada por los agentes actuantes o les impida el desarrollo de sus funciones³⁶.

Sin embargo, frente a ello, en la Comunicación del ministro del Interior a los delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción, de 14 de abril de 2020, se afirma que el incumplimiento de las medidas limitativas de la libertad de circulación establecidas en los artículo 7 del Real Decreto 463/2020 y 4 de la Orden INT/226/20:

Constituyen mandatos directos dirigidos a la ciudadanía que han tenido una amplia difusión, además de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y, por tanto, su inobservancia pueda subsumirse en el tipo infractor de la desobediencia a la autoridad del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana³⁷.

Debe coincidir con la Abogacía del Estado en que la contravención de una norma no apareja necesariamente la sanción como consecuencia, sino que son varias las posibilidades (nulidad, anulabilidad, etc.)³⁸. Y si se opta por la sanción, es preciso que se describa la conducta (activa o pasiva) que constituye la infracción, como prevé en el ámbito sancionador administrativo el artículo 27.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. A partir de lo anterior, el «reproche o desvalor adicional» por desconocimiento del principio de autoridad que en la consulta se suma al incumplimiento de la norma no puede someterse únicamente al requerimiento efectuado por el agente de la autoridad, sino también al requisito previo de que exista una orden emitida en el ejercicio de sus funciones, esto es, legítimamente dictada, ya que, de no exigirse tal condición, bastaría cualquier requerimiento de cumplimiento de cualquier norma desatendido para que se incurriera en la infracción

³⁶ Así se entiende también en Amoedo-Souto (2020, pp. 73-74), al afirmar que «la recomendación también puede verse como una invitación a la simplificación del régimen sancionador: se transmite la idea de que es mejor y más seguro no seleccionar infracciones sectoriales, sino vigilar y dar órdenes directas a la población, de modo que, en caso de desobediencia, se pueda denunciar directamente por desobediencia y resistencia, sea en modalidad penal o administrativa, en función de su gravedad».

³⁷ Acerca de esta comunicación, Atxukarro Arruabarrena (2020).

³⁸ En este sentido, se afirma en Cano Campos (2020a) que «dicho de otro modo, desde la perspectiva sancionadora, hay desobediencia o resistencia a un mandato concreto, de modo que se comete la referida infracción cuando se omite el comportamiento que ese concreto mandato impone, mientras que cuando se trata de una norma abstracta y general habrá simplemente incumplimiento o vulneración, que constituirá una infracción si el simple incumplimiento está tipificado como tal».

tipificada en el artículo 36.6³⁹. La ausencia de una remisión a la propia ley orgánica en dicho precepto, frente a lo que sucedía en su homólogo de la Ley Orgánica 1/1992 y la posibilidad, por ende, de que los mandatos desobedecidos puedan tener su origen en cualquier norma no permite eludir la necesidad de que exista una orden concreta que justifique el requerimiento y que sea esta orden, seguida de requerimiento, la que origine la infracción de desobediencia⁴⁰.

La Comunicación del ministro del Interior a los delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción, demuestra ser consciente de la necesidad de un mandato concreto como requisito para incurrir en desobediencia y pretende integrar tal condición con la apelación a que

las medidas limitativas de la libertad ambulatoria contenidas en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no constituyen normas abstractas adoptadas por el Gobierno para regir con carácter general y ordinariamente la conducta de la ciudadanía, sino expresos, concretos y directos mandatos u órdenes de la autoridad competente dirigidos a establecer restricciones a la libertad de circulación de la población, proporcionales a las circunstancias que han determinado la declaración del estado de alarma.

Pero seguidamente aporta dos argumentos *a maiori* que cuestionan esta concepción y su propia fundamentación.

Por una parte, invoca que esas medidas tienen valor de ley en virtud de la doctrina constitucional reflejada en la STC 83/2016. Ello implica que se trata de mandatos contenidos en una disposición con fuerza de ley, no de órdenes (actos) de la autoridad. El que su *ratio* sea la concurrencia de circunstancias excepcionales y que su vigencia sea temporal y condicionada a la presencia de ese presupuesto no altera su naturaleza jurídica y el hecho de que lo que se

³⁹ En este sentido, en Gómez (2020) se razona que «si se hace un recorrido a través de los tipos infractores que contiene esta Ley Orgánica, se aprecia que de ninguna forma castiga el incumplimiento de las prohibiciones que se establecen en el art. 7.1 del RD 463/2020. Lo que castiga esta Ley, entre otras infracciones, y a mi parecer esto lo que está generando confusión, es la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones del art. 36.6. Pero esta conducta no es sinónimo de no cumplir las prohibiciones circulatorias del RD 463/2020. Únicamente se cometerá la falta de la Ley Orgánica si el agente, en base a las instrucciones dadas desde las autoridades competentes –y aquí entran los límites del art. 7 del Real Decreto–, da la orden a la persona a que cese en su deambular y esta, lejos de cejar en ello, desobedece o muestra resistencia. Es ahí cuando se cometería esta infracción, que se acumularía con la que en su caso pudiera corresponder de las determinadas en la Ley 17/2015».

⁴⁰ La legitimidad para dictar órdenes en el estado de alarma se fundamenta en el artículo 5 del Real Decreto 463/2020, en que debe destacarse el apartado segundo: «Los agentes de la autoridad podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos que sean necesarias para comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidas en este real decreto, salvo las expresamente exceptuadas. Para ello, podrán dictar las órdenes y prohibiciones necesarias y suspender las actividades o servicios que se estén llevando a cabo».

aplican no son medidas expresadas en actos, sino previsiones normativas⁴¹. El incumplimiento de esas medidas lo es de mandatos normativos, no de órdenes administrativas.

Por otra, apela a la publicidad de las órdenes a través de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y medios de comunicación para excluir la necesidad de recordatorio de la necesidad de su observancia. La publicación del real decreto es consustancial a su naturaleza normativa y el que se no se exija requerimiento implica que la inobservancia determinante de desobediencia venga determinada por la propia disposición, sin que exista tipificación de su incumplimiento como infracción. Esto es, el incumplimiento de la disposición, por sí solo, sin previsión normativa al efecto, se erige en desobediencia sancionable.

Por último, se afirma que, de concurrir requerimiento desatendido, podría incurrirse en infracción o delito de desobediencia a los agentes de la autoridad. Ello es tanto como sostener que una misma conducta debe sancionarse dos veces, en contra del *ne bis in idem*. El requerimiento de los agentes, en el planteamiento de la comunicación, es un recordatorio de un deber legal, no una orden, de modo que la desatención al requerimiento continúa siendo desobediencia a la norma, no a los agentes, si no intervienen otras circunstancias (agresión, desconsideración a los agentes, etc.). Y si lo que hacen los agentes es ordenar que el interpelado se desplace a su domicilio, lo que existirá es una orden dirigida al cumplimiento de la disposición, no un recordatorio de la disposición.

En este sentido, aun de entender que el mandato u orden puede plasmarse en una disposición normativa, la exigencia de requerimiento excluye que el solo incumplimiento de la disposición pueda identificarse como delito de desobediencia, ya que únicamente de concurrir tal requisito cabría apreciar la comisión de la conducta tipificada. Ello no obstante, se ha mantenido por algunas abogacías del Estado que el requerimiento no es necesario y que el incumplimiento de las limitaciones de la libertad de circulación es suficiente, directamente, para apreciar la comisión de la infracción tipificada en el artículo 36.6⁴². Este último criterio es compartido en la Comunicación del ministro del Interior a los delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción, que en el documento II que la acompaña («calificación del incumplimiento de las medidas adoptadas para limitar los desplazamientos de la ciudadanía como infracción del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana en las resoluciones de procedimientos sancionadores») incluye como

⁴¹ Ello frente a lo que se mantiene en Atxukarro Arruabarrena (2020), en que se apela a la situación de emergencia para excepcionar lo que considera defendible en condiciones de normalidad, esto es, que la mera contravención de una norma no basta para incurrir en la infracción prevista en el artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015. Por otra parte, debe insistirse en que negar la procedencia de la aplicación de dicha norma no implica que los incumplimientos de las medidas del real decreto sean impunes, sino que la normativa aplicable es otra.

⁴² Así se detalla en Abogacía General del Estado (2 de abril de 2020).

argumento que «como incumplimiento de tales órdenes de la autoridad debe calificarse la mera inobservancia por la ciudadanía, no precisada de requerimiento previo de los agentes de aquella, de las medidas adoptadas por el Gobierno como autoridad competente vigente el estado de alarma». Tal razonamiento se apoya en la tesis, también expresada en el documento citado, de que el requerimiento previo del agente de la autoridad a la persona solo es predicable de la resistencia a las órdenes de la autoridad o de sus agentes, y no a la desobediencia. Mas, frente a ello, la jurisprudencia penal ha reclamado el requerimiento también para la desobediencia, lo cual es coherente con la naturaleza de acto administrativo⁴³.

En un supuesto como el que se plantea, la distinción entre orden (como acto de aplicación de la disposición) y requerimiento se diluye, pues esta consiste en la exigencia de regresar al domicilio, de modo que su contenido es coincidente con el requerimiento, que es inmediato a la negativa o pasividad del infractor. Esto explica que la divergencia entre abogacías del Estado se suscitara en términos de exigencia o no de requerimiento expreso y desatendido para apreciar la concurrencia de la infracción prevista en el artículo 36.6 (Abogacía General del Estado, de 2 de abril de 2020). Mas el que exista una proximidad temporal tan marcada entre orden y requerimiento no debe provocar que se diluya la necesidad de que exista una orden con naturaleza de acto de aplicación de las medidas del Real Decreto de declaración del estado de alarma y un requerimiento desatendido para que quepa apreciar desobediencia o resistencia a la autoridad. De no mantenerse tal criterio, además de cuestionarse la aplicación del delito tipificado en el artículo 556 del CP (que existe requerimiento y orden previa), se abriría la vía a que la desobediencia a la norma, por sí misma, conlleve, además de las consecuencias previstas por el legislador, una sanción administrativa no prevista entre ellas.

En línea con lo expuesto, la tipificación en la Ley 17/2015 (art. 45.3 d) del «incumplimiento de las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes», ha de entenderse necesariamente como sanción de la desobediencia de los mandatos concretos dictados en aplicación de esa norma específica, y no directamente de mandatos normativos.

La Ley 33/2011, por su parte, en los artículos ya citados sanciona en un caso determinadas conductas en atención al riesgo o daño que ocasionan (infracción muy grave) o pueden producir (grave), en otro la desobediencia de instrucciones (grave) y en otro el incumplimiento de la normativa, directamente, sin alusión a mandatos u órdenes concretos. Se advierte así la diferencia existente entre la sanción de acciones u omisiones o vulneración de la normativa y la tipificación de la desobediencia, que se anuda a órdenes específicas.

⁴³ El apercibimiento como requisito para la ejecución de actos administrativos aparece previsto en los artículos 97.2 («El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa») y 99 («Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial») de la LPACAP.

2.2. Vinculación del régimen sancionador con el presupuesto determinante de la declaración del estado de alarma

La Ley Orgánica 4/2015 se halla indudablemente orientada a la salvaguarda de la «seguridad ciudadana»⁴⁴. No se define dicha expresión en la norma, pero la exposición de motivos se hace eco del concepto material acuñado por la jurisprudencia constitucional, conforme al cual se trata de una

actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos, que engloba un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido,

y también en la exposición de motivos se señala que

la seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica.

Claramente se advierte que el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4/2015 evoca el supuesto de hecho del estado de excepción, vinculado a la alteración del orden público. Y es que, a pesar de que «seguridad ciudadana» y «orden público» no son sinónimos, entre ellos existe una clara vinculación⁴⁵. De hecho, basta examinar el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2015 («fines») para comprobar la conexión de las finalidades de esta norma con la protección del ejercicio de los derechos y libertades o el orden público. Contemplada desde esta perspectiva, la Ley Orgánica 4/2015 parece situarse al margen de los supuestos de hecho determinantes del estado de alarma.

Ahora bien, el que dicha norma se antoje más idónea, en principio, para responder al tipo de situaciones que, en determinadas condiciones, pueden justificar la declaración del estado de excepción no implica que la seguridad ciudadana quede necesariamente al margen de las crisis sanitarias. La alteración de la tranquilidad de los ciudadanos y la desprotección de las personas y bienes puede situarse como causa, efecto o fenómeno simultáneo a la crisis sanitaria, tal y como se refleja en la graduación estado de alarma - estado de excepción a que se ha hecho referencia. En este sentido, uno de los fines de la Ley Orgánica 4/2015 es «la protección de las personas y bienes, con especial atención a los menores y a las personas

⁴⁴ Así lo proclama el artículo 1.2 de la Ley: «Esta Ley tiene por objeto la regulación de un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad ciudadana, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos».

⁴⁵ Acerca de estos conceptos, Barcelona Llop (1988, pp. 143 y ss.), Llera Suárez-Bárcena (1993, pp. 107-122) y Bartolomé Cenzano (2002, p. 21), entre otros.

con discapacidad necesitadas de especial protección» (art. 3 e), lo que encaja claramente en el propósito del estado de alarma («proteger la salud y seguridad de los ciudadanos», como se indica en el preámbulo del Real Decreto 463/2020). Es más, también cabe invocar el apartado a) del artículo 3 de la ley orgánica («la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico»), pues, no en vano, el preámbulo del Real Decreto 463/2020 apunta que «las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos». Es factible, por ende, conectar la Ley Orgánica 4/2015 con la situación determinante del estado de alarma, mas sin desconocer que esa vinculación no se apoya en que dicha ley se dirija directamente a reaccionar contra una crisis sanitaria, sino que se proyecta sobre determinadas afecciones, más o menos acentuadas, en el libre ejercicio de derechos y la desprotección de las personas que causan, derivan o acompañan a la crisis sanitaria o como garantía de medidas adoptadas para responder a la crisis. Son estas manifestaciones y medidas, no la crisis en sí, lo que la ley orgánica está llamada a contrarrestar o hacer efectivas a través de su régimen sancionador.

La Ley 17/2015, por su parte, condiciona la concurrencia de las infracciones grave y leve ya citadas a que la desobediencia se produzca en «emergencias declaradas». La «emergencia de protección civil» se define en el artículo 5.2 de la ley⁴⁶. Al respecto, se ha rechazado la aplicación del régimen sancionador previsto en dicha norma por no coincidir, desde un punto de vista técnico-jurídico, la declaración del estado de alarma con la del de emergencia acordada en el ámbito de protección civil y entenderse reservada esta primera para supuestos que no pueden atenderse con instrumentos jurídicos ordinarios como la segunda (Abogacía General del Estado, 2 de abril de 2020). Y, ciertamente, frente a lo exigido en la Ley Orgánica 4/1981, la declaración de emergencia nacional (la que se ajustaría a un supuesto de crisis sanitaria como el generado por el coronavirus) corresponde al titular del Ministerio del Interior, bien por propia iniciativa o a instancia de las comunidades autónomas o de los delegados del Gobierno en ellas (art. 29). Sin embargo, la propia Ley 17/2015 prevé la subsunción de la situación de emergencia nacional en los estados contemplados en el artículo 116 de la CE, pues el artículo 28.1 dispone que «son emergencias de interés nacional: Las que requieran para la protección de personas y bienes la aplicación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio»⁴⁷. De este modo, aunque el artículo 29 refiere la declaración por el Ministerio del Interior a los supuestos del precepto anterior, es posible que la situación de emergencia nacional se enmarque en el estado de alarma, sin que a ello obste la necesidad de declaración de emergencia nacional por el ministerio referido, al corresponder la del estado de alarma al Consejo

⁴⁶ «Situación de riesgo colectivo sobrevenida por un evento que pone en peligro inminente a personas o bienes y exige una gestión rápida por parte de los poderes públicos para atenderlas y mitigar los daños y tratar de evitar que se convierta en una catástrofe. Se corresponde con otras denominaciones como emergencia extraordinaria, por contraposición a emergencia ordinaria que no tiene afectación colectiva».

⁴⁷ En este sentido, Gómez Rodríguez (2020) y Atxukarro Arruabarrena (2020).

de Ministros en que aquel se integra necesariamente. De hecho, la propia Ley 17/2015 se refiere a las eventuales «medidas restrictivas de derechos» (art. 7 bis.5). Cabría, por ende, acudir a esta ley para sancionar el incumplimiento de órdenes dictadas en aplicación del estado de alarma, con las mismas exigencias de que concurra un mandato concreto y requerimiento de cumplimiento, y otrosí con una mayor especialidad de esta norma frente a la remisión genérica del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015⁴⁸.

Es la Ley 33/2011 la que se ha estimado aplicable por la Abogacía del Estado con apoyo en que, al responder a una crisis sanitaria, el Real Decreto 463/2020 constituye una norma de policía sanitaria y que las limitaciones o restricciones de la libertad de circulación «tienen una finalidad claramente vinculada a la protección de la salud pública» (Abogacía General del Estado, 2 de abril de 2020). Al margen de las dudas que puede plantear la identificación del Real Decreto de declaración del estado de alarma como «*normativa sanitaria*» a los efectos de la sanción al amparo del artículo 57.2 c) 1.º, aunque puede incardinarse en ella en una interpretación teleológica de la disposición, y de que algunos de los tipos exigen que se produzca riesgo o daño, lo que origina la problemática relativa a la efectiva concurrencia de ese riesgo o daño cuando el incumplidor no está contagiado, parece claro que al menos el artículo 57.2 b) 1.º permite la punición de la conducta consistente en la desobediencia a la norma, sin necesidad de orden de aplicación alguna, pues la presencia de personas susceptibles de difundir el virus posibilita el riesgo o daño para la salud de la población⁴⁹. Es esta, sin duda, la disposición más apropiada desde la óptica del principio de especialidad.

Debe señalarse, sin perjuicio de lo anterior, que el Real Decreto 463/2020 se refiere, en su artículo 20, a las «órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma», al igual que el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 4/1981. De acuerdo con lo expuesto, han de diferenciarse la desobediencia a los mandatos concretos, que es a lo que procede estimar que aluden los preceptos indicados, de la contravención de las medidas establecidas en la propia declaración del estado de alarma que, a falta de un régimen sancionador específico en dichas disposiciones, debe reconducirse a la normativa en que sean subsumibles a pesar de la falta de remisión al respecto.

En definitiva, el panorama que se presenta es el de atipicidad de las conductas constitutivas del incumplimiento de las medidas previstas en el Real Decreto de declaración

⁴⁸ Es la que en Gómez Rodríguez (2020) se estima aplicable.

⁴⁹ La problemática enunciada se apunta, en relación con la Ley 17/2015, en Gómez Rodríguez (2020), en que se afirma que «dada la razón del estado de alarma y el fundamento de los límites a la libertad circulatoria, considero que el hecho de deambular injustificadamente ya supone por sí mismo un peligro para las personas, y es que cualquiera puede contagiar y ser contagiado con extrema facilidad, entre otros motivos, por la cantidad de tiempo que el virus puede soportar en superficies de contacto». Y respecto de la Ley 33/2011, en Atxukarro Arruabarrena (2020), en que se afirma que considerar que el hecho de que una persona se encuentre sin un motivo justificado en la calle está produciendo un riesgo o daño grave para la salud resulta excesivo. Por el artículo 57.2, pero por la infracción leve, se inclina Cano Campos (2020a).

del estado de alarma desde la óptica de las Leyes Orgánicas 4/2015 y 17/2015, que sí son aplicables cuando concurren órdenes de aplicación de esas medidas que sean desatendidas (lo que plantea un concurso de normas sancionadoras que debería resolverse, a falta de previsión expresa que lo resuelva, con aplicación del principio de especialidad, ex analogía con el artículo 8.1.^a CP), y procedencia de sancionar la desobediencia a las medidas contenidas en la disposición con fuerza de ley (el real decreto antedicho) con fundamento en la Ley 33/2011.

2.3. La cuestión competencial

Si los razonamientos anteriores son correctos, procede plantearse por qué el empeño de acudir a la Ley Orgánica 4/2015⁵⁰. Al respecto, no parece aventurado imputarlo a la competencia para imponer las sanciones. La Ley Orgánica 4/1981, al igual que el Real Decreto 463/2020, erigen en autoridad competente al Gobierno (arts. 7 y 4.1 respectivamente), pero «a los efectos del estado de alarma»⁵¹. Asimismo, la Ley Orgánica 4/1981 dispone en su artículo 9.1 que

por la declaración del estado de alarma todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza⁵².

Ahora bien, en consonancia con la aplicación del régimen sancionador sectorial que corresponda, ni la ley orgánica ni el real decreto alteran la competencia para sancionar, por lo que esta vendrá determinada por lo previsto en la normativa sancionadora que se estime procedente. Así se desprende del artículo 6 del Real Decreto 463/2020 («cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órde-

⁵⁰ Se advierte este en la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 68, 15 de marzo de 2020), que, además de aludir a los delitos tipificados en los artículos 550 a 556 del CP, invoca el artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015 en su precepto 5, que lleva por rúbrica «régimen sancionador».

⁵¹ La Ley Orgánica 4/1981 también contempla que lo sea, por delegación del Gobierno, el presidente de la comunidad autónoma, cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad, supuesto que claramente no ha concurrido.

⁵² En sentido coincidente se pronuncia el artículo 5.1 del Real Decreto 463/2020.

nes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5»⁵³.

La Ley Orgánica 4/2015 atribuye la competencia en la mayoría de los supuestos a órganos de la Administración General del Estado, con las únicas salvedades de las asignadas a las autoridades de las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias en materia de seguridad ciudadana, y los alcaldes en caso de comisión de las infracciones tipificadas en dicha ley en espacios municipales o con afección a los bienes de titularidad local, siempre que ostenten competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica (art. 32). Aplicado al estado de alarma por la crisis de la covid-19 y las limitaciones a la libertad de circulación, no cabe duda de que la competencia corresponde en todo caso a la Administración General del Estado, dadas las competencias que las comunidades autónomas pueden asumir en materia de seguridad pública (arts. 148.1.22.^a y 149.1.29.^a CE) y la ausencia de atribución a las entidades locales⁵⁴.

Por lo que se refiere a la Ley 17/2015, es incuestionable que la competencia corresponde a la Administración General del Estado (art. 48).

Finalmente, en relación con la Ley 33/2011, el artículo 61.1 establece que «la incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores corresponderá a la Administración competente por razón del territorio y la materia». Ello implica la competencia con carácter general de las comunidades autónomas.

Se advierte en la determinación de la normativa aplicable una clara intención de acudir a aquella que evita la dispersión de la competencia en las comunidades autónomas y, consecuentemente, la diversidad de criterios de interpretación y aplicación de las sanciones previstas en la Ley 33/2011, en beneficio de la unidad y sujeción de la actuación de los distintos órganos administrativos a instrucciones procedentes de una sola autoridad. Fijado este objetivo, las alternativas eran inclinarse por la Ley 17/2015 o la Ley Orgánica 4/2015, ambas atributivas de la competencia sancionadora a la Administración General del Estado. El que se haya optado por esta segunda posiblemente ha respondido no solo al criterio manifestado por la Abogacía General del Estado acerca de su no aplicabilidad, sino también a la habitualidad en su aplicación y conexión con el orden público.

Una última cuestión atinente a la competencia es la suscitada por el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/1981 («finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas

⁵³ Así se mantiene en Pleite Guadamillas (2020): «Por lo tanto, el incumplimiento a las restricciones o limitaciones impuestas por el Real Decreto 463/2020 o a las órdenes, instrucciones o disposiciones dictadas por autoridades delegadas se habrá de sancionar por las Administraciones competentes por razón de la normativa sectorial aplicable (sanidad, tráfico, comercio, educación...).

⁵⁴ Coincide, en cuanto a la competencia de las entidades locales, Atxukarro Arruabarrena (2020).

adoptadas en base a estas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes»). De una primera lectura del precepto podría deducirse que las sanciones impuestas decaen una vez finalizado el estado de alarma, salvo firmeza (ha de entenderse que administrativa), lo que, habitualmente (pues no parece que deba reputarse frecuente que un estado de alarma se prolongue durante meses) y no en pocos casos, incluso en estados dilatados en el tiempo, supondría la ineficacia de la mayoría de las sanciones. Sin embargo, no es esta la situación predicable del estado de alarma, ya que la redacción del precepto citado apunta a que las competencias sancionadoras a que se alude son las que eventualmente atribuya la declaración del estado de alarma y no las que se ejerciten, bien que bajo la vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116 de la CE, en virtud de regímenes sancionadores ordinarios y no regulados con ocasión de la declaración del estado de alarma.

Referencias bibliográficas

- Aba Catoria, A. (2011). El Estado de alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 305-334.
- Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado (2 de abril de 2020). Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma.
- Álvarez de Mora, J. L. (2020). Por qué no estamos ni ante una suspensión ni ante una limitación. *Almacén del Derecho*.
- Álvarez García, V. (2020). El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86, 6-21.
- Amoedo-Souto, C-A. (2020). Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 66-77.
- Atxukarro Arruabarrena, I. (2020). Apuntes sobre el régimen sancionador aplicable ante el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma. <http://letradosentidades-locales.es/wp-content/uploads/2020/04/Apuntes-sobre-r%C3%A9gimen-sancionador-aplicable.pdf>
- Barcelona Llop, J. (1988). *El régimen jurídico de la policía de seguridad*. Instituto Vasco de Administración Pública.
- Bartolomé Cenzano, J. C. de (2002). *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cano Campos, T. (2020a). Estado de alarma, sanciones administrativas y desobediencia a la autoridad. https://seguridad-publicasite.wordpress.com/2020/05/08/estado-de-alarma-sanciones-administrativas-y-desobediencia-a-la-autoridad/#_ftnref5
- Cano Campos, T. (2020b). ¿Puede el Decreto de Alarma establecer su propio régimen sancionador? <https://seguridad-publicasite.wordpress.com/2020/05/11/puede-el-decreto-de-alarma-establecer-su-propio-regimen-sancionador/>

- Cotino Hueso, L. (2020). Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 88-101.
- Díaz Revorio, J. (2020). A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales, *Almacén de Derecho*.
- Enríquez Malavé, G. (2020). Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. *Diario La Ley*, 9620.
- Fernández Segado, F. (1981). La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio. *Revista de Derecho Político*, 11, 83-116.
- Fernández Segado, F. (1983). Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*, 18-19, 31-58.
- Gómez Rodríguez, E. A. (2020). El régimen sancionador aplicable al incumplimiento de los límites a la libertad de circulación de las personas durante la situación de urgencia. *Diario La Ley*, 9622.
- González Beilfuss, M. (2003). *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Aranzadi.
- González López (2020). Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma: naturaleza jurídica, control jurisdiccional y responsabilidad patrimonial. *Revista Gabilex*, n.º extra, 109-132.
- Lafuente Balle, J. M. (1990). Los estados de alarma, excepción y sitio (II) *Revista de Derecho Político*, 31, 27-68.
- Llera Suárez-Bárcena, E. de (1993). La Policía Judicial y la seguridad ciudadana. *Poder Judicial*, 31.
- López Donaire, M.ª B. (2020). Análisis de urgencia del régimen sancionador en caso de incumplimiento de las obligaciones y mandatos del estado de alarma en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. *Revista Gabilex*, n.º extra., 265-286.
- Moreno Verdejo, J. (2020). Sanciones en caso de inobservancia del confinamiento: posible delito de desobediencia. <https://blog.sepin.es/2020/04/delito-desobediencia-inobservancia-confinamiento>
- Nogueira López, A. (2020). Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 22-31.
- Pedraz Penalva, E. (1990). Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad. *Constitución, jurisdicción y proceso* (pp. 313-376). Akal.
- Pleite Guadamillas, F. (2020). Las sanciones derivadas del estado de alarma. *Actualidad Administrativa*, 5.
- Requejo Rodríguez, P. ¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales? *Revista de Derecho Político*, 51, 105-138.
- Rodríguez Fernández, R. (2020). ¿Estado de Alarma o Estado de Excepción? *Diario La Ley*, 9627.
- Sandoval, J. C. (2012). Presupuestos del estado de alarma y repercusiones penales: a propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14.
- Velasco Caballero, F. (2020). ¿Estamos ante una «suspensión» de derechos fundamentales? Más bien no. <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/04/05/estamos-ante-una-suspension-de-derechos-fundamentales-mas-bien-no/>

Seguro de defensa jurídica: cláusula lesiva

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Extracto

En este caso, la cuestión jurídica que se trae a colación es la referida a la naturaleza de cláusula lesiva o no, que pudiera tener la habitualmente recogida en los contratos de seguro del automóvil, y que se conoce como cláusula de defensa jurídica. La misma no suele llevar límites de cantidad en el supuesto de que la defensa jurídica sea asumida por los propios letrados de la aseguradora, pero sí se incorporan esos límites si el asegurado ejerce su derecho a la libre elección de abogado. ¿Cabe considerar esta cláusula como lesiva? Es razonable admitir que, en función de la prima pagada, pueda establecerse una limitación del riesgo cubierto cuando se recurra a servicios jurídicos escogidos libremente mientras que la cobertura sea total, si los servicios son prestados por el asegurador, pues cabe pensar que cuando la compañía presta el servicio de defensa con sus propios medios o con servicios jurídicos concertados, los costes asumidos serán menores. Ahora bien, no es posible admitir la fijación de una cuantía tan reducida que por ridícula haga ilusoria la facultad atribuida de libre elección de los profesionales, equivalente en la práctica a vaciar de contenido la propia cobertura que dice ofrecer la póliza.

Palabras clave: contrato de seguro; seguro de defensa jurídica; cláusula lesiva.

Fecha de entrada: 12-05-2021 / Fecha de aceptación: 31-05-2021

Enunciado

Juan, que es taxista de profesión, y con domicilio en Mollet del Vallès, concertó el 25 de enero de 2002 una póliza de seguro del automóvil con MMT, que se fue renovando a su vencimiento de manera anual durante los años siguientes.

En las condiciones particulares de la póliza se incluía como «garantía adicional» la defensa jurídica.

En la póliza se hacía referencia al «pago de las primas», que se fijaba en 1.102,70 euros, sin hacer desglose ni distinción alguna, salvo la relativa a impuestos y seguros. En el reverso, se relacionaban dos cláusulas particulares: «M. Ocupantes del vehículo asegurado. Garantías por persona en cada siniestro: muerte 15.000 euros; invalidez permanente: 15.000 euros; asistencia sanitaria: 3.000 euros; ocupantes asegurados: únicamente el conductor».

Libre elección de abogado (art. 63 de las condiciones generales). El asegurador garantiza a su cargo, sin límite alguno, todos los gastos necesarios para la defensa o reclamación de los intereses del asegurado, según las coberturas a que se refiere el presente artículo, cuando los servicios sean prestados por el mismo asegurador.

«Si el asegurado ejerciera su derecho a la libre elección de abogado o procurador que lo represente, el asegurador abonará, hasta el límite máximo de 600 euros, los gastos de dichos profesionales, con sujeción a las normas orientadoras de los colegios profesionales a los que aquellos pertenecieran». Tanto el anverso como el reverso del contrato estaban firmados del puño y letra por Juan.

Estando vigente la póliza, Juan falleció el 26 de septiembre de 2010 en un accidente provocado por el conductor de otro vehículo que, circulando bajo los efectos del alcohol, invadió el carril contrario y chocó frontalmente con Juan.

Ante las reticencias de la aseguradora AAA (aseguradora del vehículo causante del accidente) a pagar la indemnización correspondiente, la esposa e hijo del fallecido designaron libremente letrado que les permitiera ejercer libremente la defensa de sus intereses. Así lo comunicaron el 23 de noviembre de 2010 a MMT. La dirección letrada designada por la viuda y el hijo se personó en el procedimiento penal seguido a resultas del accidente y, ex-

tinguido por fallecimiento del conductor causante del accidente, presentó solicitud de auto de cuantía máxima, al que se opuso la aseguradora AAA; luego presentó demanda ejecutiva, a la que se opuso dicha aseguradora, y, finalmente, en julio de 2015, la viuda e hijo de Juan cobraron una indemnización en una cuantía total de 316.637,76 euros (capital e intereses).

La viuda e hijo abonaron los importes pactados en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito por importes de 31.183,35 y 3.090,18 euros. La dirección letrada designada emitió entonces factura por los honorarios debidos al letrado y derechos de procurador, calculados de conformidad con los criterios orientadores en materia de honorarios del Colegio de Abogados de Barcelona. La factura se reclamó a MMT quien, tras varias gestiones y requerimientos, acabó emitiendo un cheque a nombre de la viuda por importe de 600 euros, por ser ese «el límite que está cubierto en la póliza».

Ante ello, la viuda e hijo, en su condición de herederos de Juan, interponen demanda contra MMT por la que solicitan el abono da la factura pagada (descontando los 600 euros ya abonados por la demandada), en cumplimiento del contrato de seguro, al considerar que la cláusula por la que se limitaba la cuantía debía ser dejada sin efecto por nula, lesiva, o por contravenir el artículo 3 de la LCS. Argumentaron que la cláusula, por su cuantía tan extremadamente reducida, vaciaba de contenido la cobertura, impidiendo al asegurado optar por letrado de su confianza, a pesar de que el artículo 76 d) de la LCS le faculta para ello, ya que con la citada cantidad no alcanzaba siquiera un verbal de cuantía de 3.000 mil euros ni un juicio de delitos leves con reclamación de responsabilidad civil.

¿Puede ser lesiva esta cláusula?

Cuestiones planteadas:

- Naturaleza y configuración jurídica de las cláusulas lesivas en el contrato de seguro del automóvil.
- La lesividad de la cláusula del seguro de defensa jurídica, si el asegurado ejerce su derecho a la libre elección de abogado.
- Planteamiento en la jurisprudencia reciente tanto del TS como del TJUE.

Solución

La claridad y precisión es exigible a todas las cláusulas del contrato de seguro, tanto si están incluidas en las condiciones generales como en las particulares, y con independencia de que se califiquen de delimitadoras del riesgo o limitativas de los derechos del asegurado. Así resulta del tenor del artículo 3 de la LCS, ampliamente interpretado por la jurisprudencia

de la Sala 1.^a del TS, que ha exigido la necesaria transparencia contractual en los contratos de seguro, como resume con claridad la sentencia 498/2016 (NCJ061562), de 19 julio, con cita de la sentencia 273/2016 (NCJ061164), de 22 de abril; además, sobre la exigencia de transparencia y el control de abusividad en los contratos de seguro se ha pronunciado la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 (NCJ059711), J.C. Van Hove.

Las formalidades exigidas en el artículo 3 de la LCS para las cláusulas limitativas que condicionan o modifican el derecho a cobrar la indemnización (estar destacadas de modo especial y ser específicamente aceptadas por escrito) suponen un plus con el fin de comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto.

Pero, aunque no estén sometidas a esas formalidades, las cláusulas que delimitan el riesgo objeto de la cobertura (entre las que la doctrina del TS ha incluido las que concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos, incluida la cuantía) deben estar redactadas de manera clara y precisa.

Además, aun cuando las cláusulas sean claras y en su caso hayan superado las exigencias formales de aceptación, en ningún caso pueden ser lesivas (art. 3 LCS, aunque el asegurado sea un profesional). Dentro del concepto de «lesivas» deben incluirse aquellas cláusulas que reducen considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En este caso, con independencia de que formalmente se exprese el consentimiento, la cláusula es nula en atención a su contenido (sentencias 273/2016 [NCJ061164] de 22 abril, y 303/2003 [NCJ039384], de 20 marzo).

Doctrina y jurisprudencia han advertido las diferencias entre la obligación del asegurador en el seguro de responsabilidad civil de asumir, salvo pacto contrario, la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado (art. 74 LCS), y el seguro regulado en los artículos 76 a) a 76 g) de la LCS, que tiene por objeto principal la defensa jurídica. En especial porque el artículo 76 g) de la LCS excluye de la regulación propia del seguro de defensa jurídica a la llamada «defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil de conformidad con lo previsto en el artículo 74». La cuestión tiene especial trascendencia porque en el artículo 74 de la LCS, salvo pacto en contrario o conflicto de intereses (o pasividad de la aseguradora, de acuerdo con la doctrina de la sentencia 646/2010 [NCJ053897], de 27 de octubre, con precedentes en las sentencias 437/2000, de 20 de abril, y 91/2008 [NCJ042723], de 31 de enero), no es posible la libre designación de profesionales. Por el contrario, la facultad de libre designación de profesionales es contenido propio del seguro de defensa jurídica (art. 76.d LCS).

El seguro de defensa jurídica, que debe ser objeto de un contrato independiente, puede sin embargo incluirse dentro de una póliza única, y entonces habrá de especificar el contenido de la defensa garantizada y la prima que le corresponde (art. 76.c.II LCS). El incumplimiento de esta exigencia formal ha permitido a la jurisprudencia negar que existiera un seguro de defensa jurídica que obligara a la aseguradora a hacerse cargo de los gastos de los profe-

sionales designados por el asegurado en un caso de inexistencia de conflicto de intereses cuando la póliza del seguro de responsabilidad civil recogía el compromiso de la aseguradora de hacerse cargo de los gastos, sin más especificación (sentencia 437/2000, de 20 de abril).

En el ámbito del artículo 74 de la LCS, la obligación del asegurador de pagar los gastos de la dirección jurídica confiada a una persona diferente del asegurador, en los limitados casos en que ello resulte posible, lo será «hasta el límite pactado en la póliza» (art. 74. II *in fine* art. 74 LCS). En el ámbito del seguro de defensa jurídica, conforme al artículo 76 a) de la LCS, el asegurador queda obligado a hacerse cargo de los gastos de la defensa jurídica libremente elegida «dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato».

Para las cláusulas que fijan la cuantía máxima de la cobertura de defensa jurídica en el ámbito del artículo 74 de la LCS, ante el silencio del legislador, corresponde a los tribunales calificar su naturaleza delimitadora o limitativa (tal y como recientemente ha dicho la sentencia 421/2020 (NCJ065029), de 14 de julio, en un caso en el que el asegurado por un seguro de responsabilidad civil, para su defensa frente a la demanda de responsabilidad que se dirigió contra él, y dada la existencia de conflicto de intereses, designó abogado de su libre elección). Según la citada sentencia 421/2020, aunque en principio la cláusula puede calificarse como delimitadora del riesgo, en atención a las circunstancias del caso será limitativa de los derechos del asegurado, incluso lesiva, si fija unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de responsabilidad civil.

Para los seguros de defensa jurídica, además de la doctrina jurisprudencial del TS sobre las cláusulas de delimitación, las cláusulas limitativas y las cláusulas lesivas, es preciso atender a la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, cuya incorporación a la ley española del contrato de seguro tuvo lugar por medio de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre. De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, la interpretación del derecho nacional debe dirigirse a lograr la mayor efectividad del derecho de elección del perjudicado. Por lo que aquí interesa, naturalmente que no se excluye que puedan fijarse límites a la cuantía cubierta por el asegurador en función de la prima pagada, pero siempre que ello no comporte vaciar de contenido la libertad de elección por el asegurado de la persona facultada para representarlo y siempre que la indemnización efectivamente abonada por este asegurador sea suficiente, lo que corresponde comprobar en cada caso al órgano jurisdiccional nacional.

En este sentido, la STJUE de 7 de abril de 2016, asunto C-5/15, Gökhan Büyüktipi, afirma (apartado 25):

La Directiva 87/344 no pretende una armonización completa de las normas aplicables a los contratos de seguro de defensa jurídica y que, dado el estado actual del Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden determinar libremente el régimen aplicable a dichos contratos, siempre y cuando los principios estableci-

dos en esa Directiva no se vean privados de su esencia (véase, en este sentido, la sentencia Stark, C-293/10 [NCJ054954], apartado 31). De este modo, el ejercicio del derecho del asegurado de elegir libremente a su representante legal no excluye que, en determinados casos, se establezcan limitaciones a los gastos soportados por las compañías aseguradoras (véase la sentencia Sneller [TJCE 2013, 376], C-442/12, EU:C:2013:717, apartado 26).

Con anterioridad, la STJUE de 20 de mayo de 2011, asunto C-293/10 (NCJ054954), Stark, había declarado (apartado 36 y declaración final):

El art. 4, apartado 1, de la Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional en virtud de la cual puede pactarse que el asegurado en defensa jurídica podrá elegir para la representación de sus intereses en los procedimientos administrativos o judiciales únicamente a una persona profesionalmente habilitada para ello que tenga su despacho en el lugar donde el órgano jurisdiccional o administrativo competente en primera instancia tiene su sede, siempre que, para no vaciar de contenido la libertad de elección por el asegurado de la persona facultada para representarlo, esta limitación se refiera sólo al alcance de la cobertura, por el asegurador de la defensa jurídica, de los gastos derivados de la intervención de un representante y siempre que la indemnización efectivamente abonada por este asegurador sea suficiente, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Y la STJUE de 7 de noviembre de 2013, asunto C-442/12, Sneller, en su apartado 28 dice:

Además, las partes contratantes son libres para pactar los niveles de cobertura de los gastos de defensa jurídica más importantes, en su caso mediante el pago por el asegurado de una prima mayor (véase, en este sentido, la sentencia Stark, antes citada, apartado 34).

En el caso que nos ocupa, estamos ante un contrato de seguro del automóvil que no se limita a incorporar el contenido propio de defensa que incumbe al asegurador de la responsabilidad civil frente a las reclamaciones del perjudicado contra el asegurado (art. 74 LCS), sino que incluye, además, de manera voluntaria, una cobertura adicional de defensa jurídica.

La condición particular V de la póliza, firmada por el asegurado, es del siguiente tenor:

Libre elección de abogado (art. 63 de las condiciones generales). El asegurador garantiza a su cargo, sin límite alguno, todos los gastos necesarios para la defensa y/o reclamación de los intereses del asegurado, según las coberturas a que se refiere el presente artículo, cuando los servicios sean prestados por el mismo ase-

gurador. Si el asegurado ejerciera su derecho a la libre elección de abogado y/o procurador que lo represente, el asegurador abonará hasta el límite máximo de 600 euros, los gastos de dichos profesionales, con sujeción a las normas orientadoras de los colegios profesionales a los que aquellos pertenecieran.

Tal y como se desprende del tenor de la condición particular, se incluía la cobertura de defensa jurídica tanto para las reclamaciones de responsabilidad civil que pudieran dirigirse contra el asegurado (art. 74 LCS) como para la reclamación de sus intereses en una posición activa, es decir, en caso de reclamaciones frente a terceros con ocasión de los daños sufridos en un accidente de circulación. Por lo demás, la cláusula particular no limita la «libre elección de abogado» a los casos de conflicto de intereses de la aseguradora, pero incluye como posibles limitaciones dos: el límite máximo de 600 euros y la sujeción a las normas orientadoras de los colegios profesionales a los que pertenecieran los profesionales libremente designados.

En el caso, lo que se reclama a la aseguradora demandada son los honorarios de abogado y derechos de procurador abonados por la esposa e hijo del asegurado fallecido y en su condición de herederos del mismo por la reclamación frente a la aseguradora de quien provocó la muerte del asegurado. La demandada no niega que la póliza cubriera los gastos ocasionados por estos profesionales por ser una reclamación frente a terceros, pero entiende que la cuantía que debe abonar se limita a la suma de 600 euros prevista en la póliza. Este es el punto de controversia esencial del caso.

La cláusula que fija los límites de cobertura se incluyó entre las cláusulas particulares y fue firmada por el asegurado. En este sentido, la limitación de la cobertura conforme a los criterios orientadores de los colegios profesionales habría quedado aceptada e incorporada a la póliza, pues cumple las exigencias del artículo 3 de la LCS. Los propios demandantes, aunque abonaron una suma mayor a los profesionales designados, limitan su reclamación al límite de lo que resulta de esos criterios orientadores.

Cuestión distinta es la que plantea el límite de los 600 euros previstos en la póliza. La aseguradora MMT considera que debe ponerse en relación con la prima abonada por el seguro, que no incluye cantidad alguna por defensa jurídica, por lo que para aumentar el límite de los gastos de defensa el asegurado pudo aumentar la prima del seguro. Este argumento no puede ser aceptado. Aun en el caso de que se tratara de la defensa del asegurado frente a la reclamación del perjudicado (art. 74 LCS), ya hemos dicho que, de acuerdo con la sentencia 421/2020, de 14 de julio, la cláusula que delimita cuantitativamente el objeto asegurado, aunque en principio pueda calificarse como delimitadora del riesgo, puede considerarse como limitativa de derechos e incluso lesiva si fija unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de responsabilidad civil.

Pero, además, en nuestro caso, en el que se reclama por gastos de defensa de los intereses frente a terceros, el que la cobertura se incluyera como adicional de un seguro de responsabilidad civil no le priva de su propio objeto. La cobertura de la defensa jurídica de

los intereses frente a terceros no es la del artículo 74 de la LCS, sino la propia de un contrato de defensa jurídica, aun cuando no se hubiera fijado, como exige el artículo 76 c) de la LCS, la parte de la prima que le correspondía. La falta de especificación sería imputable a la aseguradora, no al asegurado ni a sus herederos, y el argumento de la aseguradora aceptado por la sentencia recurrida de que para mayor cuantía debía haberse pagado mayor prima puede ser invertido, pues también cabría pensar que de no haberse incluido la cobertura adicional de defensa la prima habría sido menor.

Como hemos advertido, de acuerdo con la doctrina del TJUE, las partes contratantes son libres para pactar niveles de cobertura de los gastos de defensa jurídica más importantes, en su caso mediante el pago por el asegurado de una prima mayor, y el ejercicio del derecho del asegurado de elegir libremente a su representante legal no excluye que, en determinados casos, se establezcan limitaciones a los gastos soportados por las compañías aseguradoras, pero siempre que no se vacíe de contenido la libertad de elección por el asegurado de la persona facultada para representarlo y siempre que la indemnización efectivamente abonada por este asegurador sea suficiente.

Desde este punto de vista es razonable admitir que, en función de la prima pagada, puede establecerse una limitación del riesgo cubierto cuando se recurra a servicios jurídicos escogidos libremente mientras que la cobertura sea total si los servicios son prestados por el asegurador, pues cabe pensar que cuando la compañía presta el servicio de defensa con sus propios medios o con servicios jurídicos concertados, los costes asumidos serán menores.

Con todo, la fijación de una cuantía tan reducida que por ridícula haga ilusoria la facultad atribuida de libre elección de los profesionales, equivale en la práctica a vaciar de contenido la propia cobertura que dice ofrecer la póliza. Esto es lo que ha sucedido en el caso puesto que, ante el abanico de posibles pretensiones que pudieran ejercitarse en defensa de los intereses del asegurado en caso de siniestro, la cuantía de 600 euros fijada en la cláusula resulta lesiva impediría ejercer el derecho a la libre elección de abogado o procurador, al no guardar ninguna proporción con los costes de la defensa jurídica. Basta observar los criterios orientadores del colegio de abogados correspondiente a la localidad en la que se firmó el contrato de seguro y a los que se remitía la misma póliza como límite de la cobertura del asegurador, lo que, por otra parte, a pesar de su carácter meramente orientativo, creaba la apariencia de una cobertura suficiente que al mismo tiempo quedaba vacía de contenido por la cuantía máxima señalada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 50/1980 (Contrato de Seguro), arts. 3, 74 y 76.
- SSTS de 27 de octubre de 2010, 22 de abril de 2016, 19 de julio de 2016 y 14 de julio de 2020 (NCJ065029).

Responsabilidad de abogado y pérdida de oportunidad

José Ignacio Atienza López

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

Extracto

El presente supuesto trata de proporcionar unos parámetros esenciales acerca de la influencia que ejerce la llamada «pérdida de oportunidad» a la hora de valorar la concurrencia o no de la responsabilidad civil profesional de un letrado, referida solamente al supuesto de no impugnación de la sentencia dictada. Son frecuentes los casos de clientes insatisfechos con la tarea profesional de su abogado, por el hecho de que este no haya recurrido una sentencia que les es desfavorable con base en su propio criterio profesional como experto. El caso intenta aportar la jurisprudencia adecuada para estos supuestos que carecen de una regulación de derecho positivo y han de venir referenciados solo a resoluciones judiciales que fijan los criterios sobre el juicio de prosperabilidad necesario para delimitar la concurrencia de este requisito.

Palabras clave: responsabilidad civil profesional; responsabilidad de abogado; pérdida de oportunidad.

Fecha de entrada: 08-05-2021 / Fecha de aceptación: 27-05-2021

Enunciado

Juan es un abogado que ha dirigido un pleito por responsabilidad por negligencia médica contra una multinacional dedicada a tratamientos odontológicos, por considerar que existían motivos jurídicos defendibles ante el defectuoso tratamiento médico dental que aplicaron a su cliente y teniendo en cuenta los criterios médicos de los peritos médicos a los que ha consultado. Estimó que el estado de la boca y dientes de su cliente, y con un tratamiento médico ineficaz que no resolvió sus problemas bucales, permitían pensar en que su demanda tendría opciones reales.

Dicho pleito fue sustanciado ante el Juzgado n.º 47 de Barcelona y la sentencia fue desestimatoria, haciéndose constar en ella que:

El estado previo de la boca del paciente era «claramente patológico», y «ambos informes periciales descartan la concurrencia de mala praxis; ambos peritos confirman que se realizó un estudio previo correcto, que don Luis recibió información completa y exhaustiva sobre el tratamiento, que el tratamiento pautado fue correcto, aun cuando hubo complicaciones en su aplicación que lo dilataron en el tiempo, sin que ello se tradujera en un perjuicio constatable e indemnizable, más allá de la incomodidad que es común a todo tratamiento odontológico. No se ha probado la concurrencia de mala praxis o negligencia en la actuación de los facultativos, ni que, en su caso, esta fuera imputable a la clínica demandada, y por extensión a la aseguradora» .

A la vista de ello, Juan decidió no apelar la sentencia, resultando que su cliente le ha demandado, no por mala praxis profesional a la hora de dirigir su demanda ante el Juzgado n.º 47, sino por el hecho de no haber recurrido la sentencia, que le ha dejado sin opciones de defender su derecho a la tutela efectiva ante la segunda instancia. Valoremos las opciones de éxito de esta demanda contra su antiguo abogado en clave de concurrencia o no de vulneración de los derechos fundamentales del interesado por no impugnar una resolución judicial y si ello puede integrar un supuesto de responsabilidad civil profesional del letrado.

Cuestiones planteadas:

- Los requisitos de la responsabilidad de abogado.
- Examen del caso concreto de falta de recurso y su relación con la llamada «pérdida de oportunidad».
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Entrando ya a valorar la cuestión de fondo sobre la responsabilidad profesional del letrado demandado, observemos que es su antiguo cliente y actual demandante quien elige la naturaleza de la acción que desea ejercitar; y el mismo no promueve en este caso una acción por mala praxis infractora de la *lex artis* por parte del letrado, en el modo de plantear su dirección jurídica en el pleito del Juzgado n.º 47 por responsabilidad médica. Nuestra demandante solo dirige su acción contra el letrado únicamente por su presunta negligencia al no recurrir la sentencia y, por lo tanto, cercenarle el derecho a interponer el recurso de apelación correspondiente, tal y como indica literalmente en su demanda.

Como mera introducción jurídica al objeto del caso planteado a resolver, no está de más que recordemos la naturaleza peculiar que une al abogado con su cliente, como una relación contractual que se califica tradicionalmente como un arrendamiento de servicios, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1544 del Código Civil, o en otros casos como relación atípica, pero siempre sometida al régimen de responsabilidad general derivada del incumplimiento contractual, conforme a los artículos 1101 del Código Civil y siguientes del mismo Código (Tribunal Supremo, sentencias de 11 de noviembre de 1997, 14 de mayo de 1999 y 2 de noviembre de 2001).

En cualquier caso viene a considerarse que la prestación del abogado debe calificarse como una obligación de medios o de actividad y no de resultado: la primera de ellas es propia del arrendamiento de servicios y la segunda del arrendamiento de obra. Consecuentemente, en las obligaciones de esta clase corresponde al deudor la realización de una actividad (por lo general representación judicial o extrajudicial, asesoramiento o dirección técnica), acorde con los conocimientos técnicos del abogado y dirigida para la consecución de un resultado, aunque el objeto de la obligación no es la obtención del resultado, sino la ejecución de la actividad orientada a este fin, actividad que debe ser desarrollada con la diligencia exigible, de conformidad con lo establecido en el artículo 1104 del Código Civil (STS de 22 de abril de 2013). Esta caracterización jurídica no ha variado en la jurisprudencia y es plenamente uniforme y aceptada por los operadores jurídicos, aun cuando la jurisprudencia sigue destacando (SAP de Vizcaya de 11 de junio de 2014) «la pobrísima

regulación existente «para esta relación, lo que motiva que haya de ser valorada en la mayor parte de los casos, por lo que las partes pactaron y por el Estatuto General de la Abogacía. Ello ha determinado la dificultad de fijar unos criterios generales aceptados para determinar la concurrencia de esta responsabilidad, debiendo estarse a cada caso concreto. La casuística en la materia objeto de este proceso es enorme, pues la variedad de situaciones que se pueden producir determina que esta casuística adquiera una especial relevancia (STS de 28 de enero de 2005).

Cualquier decisión por adoptar pasa necesariamente por examinar cuáles son técnicamente los requisitos que integran la responsabilidad civil profesional del abogado, todos los cuales han de concurrir para que pueda hablarse de un proceder profesional causante de perjuicios al cliente.

Dice la STS de 14 de octubre de 2013, pese a la enorme casuística apuntada, que la responsabilidad civil profesional del abogado exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. El incumplimiento de sus deberes profesionales. En el caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005).

2. La prueba del incumplimiento. La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y del alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, rec. núm. 971/1999 [NCJ044746]; 21 de junio de 2007, rec. núm. 4486/2000 [NCJ042109]). No rige para estas demandas la regla de inversión de la carga de la prueba.

3. La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de

la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTs de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STs de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 del CC.

4. Existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva. El nexo de causalidad debe existir entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y solo se da si este último es imputable con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTs de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, rec. núm. 2001/1999, 26 de febrero de 2007, rec. núm. 715/2000 (NCJ048250), entre otras). La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STs de 30 de noviembre de 2005). Este criterio impone descartar la responsabilidad civil del abogado cuando concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia de su conducta en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial (STs 23 de julio de 2008).

5. Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades. No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según

la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

Pues bien, siendo estos los requisitos cuya concurrencia hay que probar, por el demandante se ha recogido un relato de hechos sobre el cual se trata de asentar una actuación negligente del abogado, que se centra en la tesis de que, al no haber recurrido el abogado, se ha sacrificado el derecho al recurso de su cliente, asumiendo, como si de una relación de causa-efecto se tratase, que la falta de presentación del recurso origina ya de por sí de forma automática los perjuicios que se reclaman, sin haber siquiera intentado argumentar qué opciones o garantías de éxito podría tener el recurso que no se interpuso. Es imposible compartir semejante planteamiento a la vista de los términos recogidos en la sentencia del Juzgado n.º 47.

Como indica la SAP de Madrid de 5 de noviembre de 2020,

debe recordarse que en procedimientos de esta naturaleza se exige a quien efectúa la reclamación que se acredite no solo la existencia de un acto negligente en la actuación profesional demandado, sino la justificación del perjuicio invocado, que precisamente se centra en la realización de un juicio prospectivo a la viabilidad de su pretensión y que exige, en palabras del propio Tribunal Supremo en su sentencia 50/2020, de 22 de enero de 2020, que se efectúe el denominado «juicio dentro del juicio». Ello implica que ha de apreciarse el grado de probabilidad o expectativas de éxito que racionalmente podría obtenerse, en el caso de haber presentado el recurso en plazo, pero correspondiendo la carga probatoria a la parte demandante sobre la seriedad de la oportunidad frustrada y su grado de probabilidad.

No concurre en nuestro caso la llamada «pérdida de oportunidad» como la actora pretende, por el hecho de la no presentación del recurso de apelación. El examen del llamado para este tipo de asuntos, «pleito del pleito», implica necesariamente enjuiciar las posibilidades de prosperar de la acción del cliente en el proceso en que se produjo el presunto error cometido por el letrado, para determinar su responsabilidad; o dicho de otro modo, si bien no es posible trasladar la resolución que se hubiera podido obtener, sí es posible valorar la prosperabilidad de la misma para determinar el error posible del abogado. Cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del abogado, tiene que realizar una operación intelectual consistente en determinar, con criterios de pura verosimilitud o probabilidad, cuál habría sido el desenlace del asunto si el recurso se hubiese finalmente sustanciado.

Si en este tipo de reclamaciones no se logra demostrar por el demandante la existencia de una mínima posibilidad de éxito de la acción ejercitada, la pérdida de oportunidad como concepto no concurre y determinará necesariamente la desestimación de la demanda. Tratándose de la responsabilidad profesional de un abogado, el daño moral en que se traduce la pérdida de oportunidades procesales ha de tener como necesario presupuesto la existencia de tales oportunidades y de las expectativas frustradas, así como la efecti-

va afectación del derecho a la tutela judicial efectiva que le sirve de fundamento, lo que en modo alguno cabe admitir en el presente caso.

El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (todo ello en STS de 15 de noviembre de 2007). No toda declaración de culpabilidad conlleva la de responsabilidad, pues para ello es preciso que pueda anudarse a la actuación negligente del agente, un daño susceptible de ser reparado, pues si este falta, no cabe imponer indemnización alguna. La parte demandante ha de probar que la frustración de la acción judicial se debió a una inactividad del abogado contraria a un criterio establecido con solidez y no susceptible de apreciación o interpretación en sus aspectos jurídicos o fácticos.

Se habrá de denegar toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y en consecuencia nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad pues en este caso el daño debe considerarse inexistente (STS de 27 de julio de 2006).

De no interpretarse de este modo la llamada pérdida de oportunidad como elemento imprescindible para poder declarar la responsabilidad del letrado,

la tesis del demandante, por reducción al absurdo, daría lugar a una situación manifiestamente injusta y contraria a derecho, pues a la parte que ha perdido un pleito le resultaría más rentable verse privado del acceso al recurso por errores o negligencias de los profesionales que le asisten para acceder a la segunda instancia, pues recibiría por vía de responsabilidad civil contractual una cantidad de dinero cuyo pedimento inicialmente se ha rechazado, y en el que el éxito o fracaso del recurso no pasaría de ser una mera posibilidad (SAP de Madrid de 7 de abril de 2013).

A partir de todo lo antedicho observemos algunos ejemplos de nuestra jurisprudencia en aplicación de lo razonado en el presente fundamento:

La falta de presentación de un recurso de amparo no puede determinar la existencia de responsabilidad por parte del abogado si no se demuestra que este tenía unas razonables posibilidades de prosperar (STS de 31 de marzo de 2010).

El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctico-jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio

alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarle de una acción inútil y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales. En igual sentido SSTs de 5 de junio de 2013 y 24 de abril de 2015, entre otras muchas, puntualizándose en esta última sentencia que «debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101». (SAP de Madrid de 21 de julio de 2015).

Estos datos son concluyentes, pues no puede olvidarse que la pérdida de oportunidad, concepto jurídico decisivo en asuntos como el presente, en el que se reclama responsabilidad civil por el comportamiento de un Letrado en la interposición de un recurso, es hipotético, debe acreditarse fehacientemente, en cualquier caso, impide obtener indemnización «cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado», porque «la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas» (con palabras de la sentencia de la Sala Primera TS de 27 de julio de 2006). Ni que decir tiene que si el criterio jurisprudencial sobre el asunto a plantear en casación estaba ya formado en la jurisdicción social –este constaba en resoluciones diversas de unificación de doctrina rechazando la obligación de pago de indemnizaciones por incapacidad reclamada de la Mutuality General de Previsión del Hogar Divina Pastora, cuando se decretaba más de un año después del accidente, es suficiente que en el caso que se examina fuera muy posterior para considerar que aquella oportunidad no existió. (SAP de Asturias de 2 de marzo de 2009).

En el caso examinado la afirmación de la sentencia recurrida, no rebatida en el recurso de casación, y fundada en una razonable apreciación de las circunstancias del caso de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales del orden social, conduce a la conclusión de que la acción tenía, en palabras de la propia sentencia, «escasas y, a nuestro juicio, nulas posibilidades de éxito». Se advierte, en suma, la falta del requisito de una razonable certidumbre sobre la existencia de oportunidades de obtener buen éxito en el ejercicio de la acción, necesario para que pueda apreciarse la existencia de un daño resarcible ligado a la frustración de la acción ejercitada. Como ha quedado establecido, la parte recurrente no combate esta apreciación de la sentencia, suficiente por sí misma para sustentar la conclusión obtenida acerca de la inexistencia de responsabilidad del demandado (STS de 23 de julio de 2008).

No puede, pues, reprocharse a la abogada demandada no haber presentado en plazo un recurso que no se le encargó formular ni era viable que pudiese prosperar, como tampoco derivan los perjuicios aducidos en la demanda (posibilidad de expulsión e imposibilidad de trabajo) de la actuación profesional de la letrada, según se expresa con precisión, pormenorización y buen sentido jurídico en la sentencia recurrida. No hay lugar en el caso de estos autos para apreciar una pérdida de oportunidad por la actuación de doña Eufrasia, dadas las muy improbables expectativas de éxito del recurso de reposición omitido –que es la actuación improcedente

que el demandante imputa a la letrada-, no aconsejado por doña Eufrasia y del que no consta el encargo. No hay relación de causalidad entre la conducta pretendidamente contraria a la *lex artis* y perjuicio (SAP de Madrid de 18 de abril de 2016).

A partir de todo lo antedicho, la inviabilidad y la falta de probabilidades de éxito de la apelación no interpuesta se hace patente por los propios términos de la sentencia dictada por el Juzgado n.º 47, la cual se apoya en la plena coincidencia de los peritos de parte y judicial, los cuales estimaron que el estado previo de la boca del paciente era «claramente patológico», y

ambos informes periciales descartan la concurrencia de mala praxis; ambos peritos confirman que se realizó un estudio previo correcto, que don Luis recibió información completa y exhaustiva sobre el tratamiento, que el tratamiento pautado fue correcto, aun cuando hubo complicaciones en su aplicación que lo dilataron en el tiempo, sin que ello se tradujera en un perjuicio constatable e indemnizable, más allá de la incomodidad que es común a todo tratamiento odontológico. No se ha probado la concurrencia de mala praxis o negligencia en la actuación de los facultativos, ni que, en su caso, esta fuera imputable a la clínica demandada, y por extensión a la aseguradora.

Ante estos términos de la sentencia que, según la actora, debió de ser apelada, el juicio de prosperabilidad del éxito de este recurso no interpuesto no concurre en absoluto, lo que resulta determinante de la falta de responsabilidad del abogado.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.101, 1.104 y 1.544.
- SSTS de 15 de noviembre de 2007 y 31 de marzo de 2010.
- SSAP de Madrid de 7 de abril de 2013, 21 de julio de 2015 y 5 de noviembre de 2020.

Responsabilidad del Estado legislador por inconstitucionalidad posterior de una norma legal

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

Plantea este caso la posible responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en referencia a la Diputación Foral de Guipúzcoa, cuyo artículo de una ley, referente al impuesto sobre sociedades, fue declarado inconstitucional con posterioridad a que el interesado hubiera ingresado a su favor una cantidad en relación con dicho impuesto. Impugnada la liquidación fue confirmada y, posteriormente, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma que sirvió de base para la liquidación de impuesto. Solicitada reclamación, en concepto de responsabilidad patrimonial, fue denegada en vía administrativa y, en primera instancia, en vía contencioso-administrativa, por lo que acabó interponiendo recurso de casación que estimó su pretensión, pretendiendo la Administración indemnizar al interesado mediante la entrega de un inmueble patrimonial.

Palabras clave: responsabilidad del Estado legislador; inconstitucionalidad posterior de una norma legal; reclamación en concepto de responsabilidad; requisitos; procedimiento; indemnización en especie.

Fecha de entrada: 10-05-2021 / Fecha de aceptación: 28-05-2021

Enunciado

1. El Sr. XXX, viudo y con un hijo, transportista autónomo de mercancías por carretera, presentó, en periodo voluntario, declaración del impuesto sobre sociedades del ejercicio de 2007, acogiéndose al método de estimación objetiva por módulos para determinar el rendimiento neto de su actividad, girándose una liquidación –en aplicación del art. 30.2 de la Norma Foral de Navarra 00/00– por importe de 231.575,94 euros.

2. Interpuesto recurso contencioso-administrativo fue desestimado por sentencia –n.º 00/00, de 27 de noviembre– de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco.

3. En STC de 1 de diciembre de 2016, se declaró inconstitucional y nulo de pleno derecho el precitado artículo 30.2 de la norma foral, existiendo muchos otros contribuyentes que se encontraban en idéntica situación que el señor XXX.

4. En escrito presentado en la Diputación Foral el 15 de diciembre de 2017, el señor XXX dedujo reclamación de responsabilidad patrimonial –con base en la STC– por el importe de la liquidación, que fue desestimada por acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de Guipúzcoa de 13 de marzo de 2018. En la misma fecha dedujo demanda de reclamación económica contra la Administración por el mismo importe ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente.

En el procedimiento tramitado y que finalizó con la resolución desestimatoria anteriormente indicada son de contratar las siguientes circunstancias:

- a) La notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento no fue cursada por el órgano administrativo que dictó el acuerdo, surgiendo la duda para aquel órgano si debe cursarla él en este caso y en todos los demás supuestos. Además, se cursó a los 15 días de dictado el acuerdo.
- b) Nada más iniciarse el procedimiento, a solicitud del señor XXX se produjo el fallecimiento repentino del mismo, por lo que la Administración archivó aquel. Enterao su hijo, presenta escrito ante la Administración solicitando la continuación del

procedimiento. La Administración le contesta que, para acceder a lo solicitado, es preciso acreditar la condición de heredero.

- c) En la legislación foral se recogía una indemnización adicional, en estos casos.
- d) En la solicitud de indemnización incluyó todos los gastos de asistencia jurídica y procesales que le habían supuesto acudir a la vía contencioso-administrativa, toda vez que, respecto a los mismos, en vía judicial, se había resuelto que cada parte procesal abonara los suyos. Igualmente, solicitó, como lucro cesante y daño emergente, la cantidad de 100.000 euros, porque como consecuencia del pago del IRPF tuvo que solicitar un préstamo a una entidad bancaria, presentando como aval los dos camiones de su propiedad con los que se dedicaba a la actividad de transporte. Al no poder afrontar los pagos pactados con el banco, este acabó solicitando el embargo de los mismos en vía civil, a lo que accedió el juez de 1.^a instancia competente. Todo ello le supuso que quedara en paro, encontrándose, en el momento de la reclamación, en la situación de paro.
- e) En un momento dado del procedimiento, el instructor del mismo requirió un 6 de junio al interesado para que presentara testimonio (copia adverada o autenticada) de la sentencia judicial que le había impuesto las costas causadas a su instancia para, en su caso, conocer el importe a afectos de la futura resolución del procedimiento, señalándole que tenía de plazo para presentarlo hasta el día 20 del mismo mes, hasta las 14,00 horas, señalándole que si no lo hacía, transcurrido el plazo marcado normativamente, declararían la caducidad del procedimiento.

5. Interpuesto recurso contencioso-administrativo tan solo contra la Administración, que fue la única que actuó como demandada en el proceso, fue desestimada en Sentencia n.º 000/00, de 2 de julio, de la Sección Tercera de la Sala de Bilbao.

6. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que desestimó la pretensión del recurrente y que asumió la Abogacía del Estado, se basó en los siguientes argumentos:

a) Que, en su momento procesal oportuno, no instó ni planteó la imprescindible cuestión de inconstitucionalidad del artículo 30.2 de la ley foral, que era el modo en que exteriorizaba la inconstitucionalidad de la misma y que serviría de base a la posible reclamación de indemnización en concepto de responsabilidad del Estado legislador.

b) Respecto a la cuestión de fondo y si concurrían los requisitos exigidos: que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, derivado de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 30.2 de la Orden 00/0000. En concreto, son dos los elementos cuya concurrencia no se dan en el presente supuesto.

El primero de los requisitos exige que el interesado haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso planteado contra la actuación administrativa

generadora del daño, alegándose la inconstitucionalidad de la norma. El segundo es el que hace referencia a la necesidad de que no hayan transcurrido más de cinco años entre la producción del daño y la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Boletín Oficial del Estado. Ninguno, en opinión de la sentencia, se cumplieron en el presente caso.

Con respecto al primer requisito, que es el introducido por el artículo 32.4 de la Ley 40/2015, este precepto tiene la siguiente redacción: «Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada».

De la lectura del precepto referido se desprende que la intención del legislador es la de acotar la responsabilidad de la Administración a aquellos supuestos en que el interesado haya reaccionado contra la actuación causante del daño por la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. No sería, pues, procedente reconocer tal responsabilidad en los casos en que, como el que ahora nos ocupa, el afectado ha dejado que el acto administrativo productor del daño haya ganado firmeza.

Esta sala entiende que el recurrente no cumplió con el requisito exigido por el artículo 32.4 de la Ley 40/2015 para poder reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

En relación con el segundo requisito, respecto del plazo de cinco años introducido por el artículo 34.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, señala el precepto que, «en los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa».

Resulta obvio que tampoco este requisito se ha cumplido y que había transcurrido el plazo, el exceso, establecido para la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Reconocida, finalmente, la responsabilidad patrimonial, es intención de la Administración entregar, en lugar de la indemnización solicitada, un inmueble patrimonial que no está inscrito en el Inventario General de Bienes y Derechos y, en la actualidad, adscrito al organismo autónomo MMM, que lo utiliza como sede del mismo, finalidad de la adscripción, en su momento. El presidente del organismo, además de oponerse a la decisión de la Administración alegando que es imposible realizar actos de gestión y disposición sobre bienes no inscritos en el inventario y que lo sigue precisando para sus fines, solicita información a la asesoría jurídica sobre otras opciones que tendría la Administración para proceder a lo que desea. El citado presidente del OA anuncia la interposición del oportuno recurso contencioso-administrativo si la Administración, finalmente, decide entregar el inmueble.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Qué recurso, en su caso, cabría contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco? ¿Estaba legitimado el señor XXX para interponerlo?
2. ¿Podría intervenir en el recurso de la pregunta anterior, si es que cabe alguno, la compañía aseguradora de la Administración? ¿Qué consecuencias podría acarrear la no intervención de aquella en el proceso contencioso-administrativo incoado?
3. En su opinión, si es así, ¿en qué puede consistir, en este caso, el interés casacional?
4. Analice las circunstancias ocurridas durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.
5. Realice un informe sobre si el recurso interpuesto por el interesado debe ser estimado o no y, en su caso, los correspondientes argumentos. Si rebate las razones alegadas por la Administración para la desestimación del recurso, indique y explique los fundamentos para ello.
6. Informe sobre las circunstancias del propósito de la Administración de entregar un inmueble al interesado, en lugar de la indemnización en dinero, así como sobre la intención del presidente del organismo autónomo de interponer recurso contencioso-administrativo si se entrega este inmueble al perjudicado.

Solución

1. ¿Qué recurso, en su caso, cabría contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco? ¿Estaba legitimado el señor XXX para interponerlo?

Al amparo del artículo 86 de la Ley 29/1998, Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA),

las sentencias dictadas en única instancia [...] por la Sala de lo Contencioso-administrativo [...] de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

[...]

3. Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho es-

tatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Y, según el artículo 88,

1. El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

2. ¿Podría intervenir en el recurso de la pregunta anterior, si es que cabe alguno, la compañía aseguradora de la Administración? ¿Qué consecuencias podría acarrear la no intervención de aquella en el proceso contencioso-administrativo incoado?

Sin duda alguna, la compañía aseguradora, que no fue emplazada como codemandada por el tribunal en el proceso contencioso-administrativo tenía legitimación para intervenir en el recurso de casación interpuesto por el interesado. Tenía legitimación pasiva y, por ello, debió ser emplazada en el proceso contencioso-administrativo instruido, puesto que el artículo 21.1 c) de la Ley 29/1998 señala que:

Se considera parte demandada:

[...]

c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.

Este emplazamiento debió ser realizado por la propia Administración a tenor de lo previsto en el artículo 48.1 de la LJCA en el sentido de que:

El Secretario judicial, al acordar lo previsto en el apartado 1 del artículo anterior, o mediante diligencia si la publicación no fuere necesaria, requerirá a la Administración que le remita el expediente administrativo, ordenándole que practique los emplazamientos previstos en el artículo 49.

Señala la LJCA, artículo 89.1, respecto al legitimado para interponer el recurso de casación, en concreto para su preparación, que el actor y apelante debe presentar escrito de preparación de recurso de casación, ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que fue el que dictó la sentencia (art. 89 1 LJCA), en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, en el cual, tras justificar el cumplimiento

de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, deben identificar, como norma que consideraba infringida, el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, citando, como soporte del interés casacional del recurso el artículo 89.2 f) de la LJCA.

Por ello, lo mismo ocurrirá respecto a la legitimación pasiva hasta que finalice la última instancia a la que se puede recurrir y con independencia de si con anterioridad actuó o no, máxime cuando como, en este caso, no fue emplazada por el tribunal en el proceso.

Respecto a las consecuencias jurídicas de no haber sido emplazada en el proceso contencioso-administrativo instruido previamente, el artículo 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial señala que:

1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

2. Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la (sic) resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

En el caso que analizamos, el derecho vulnerado sería el de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE y no pudo denunciar la citada vulneración porque no fue emplazado al proceso contencioso-administrativo.

Ahora bien, en el presente caso, la sentencia fue favorable a la Administración, puesto que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada. De manera que ni la Administración ni su compañía aseguradora sufrieron perjuicio alguno, luego carecían de legitimación para interponer recurso alguno contra una decisión jurisdiccional favorable. Sin embargo, puesto que el recurrente la impugna, sigue la compañía aseguradora ostentando la legitimación pasiva para intervenir en el proceso instruido como consecuencia del recurso de casación.

3. En su opinión, si es así, ¿en qué puede consistir, en este caso, el interés casacional?

El artículo 88.2 señala que el tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

- b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.
- c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso [puesto que en la misma situación del recurrente se encontraban otros muchos contribuyentes, según el relato de hechos].
- d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida [puesto que no se planteó por el Tribunal Contencioso Superior de Justicia, en su momento, la inconstitucionalidad de la norma].

Es el artículo 89.2 el que señala que:

El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna se encuentre en alguna de las situaciones a que se hace referencia en ese apartado, considerando el apartado 3 los supuestos en que se presume que existe interés casacional objetivo.

Ese apartado 3, entre otros supuestos, señala:

- a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia y b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

Precisar que la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar cuáles son los mecanismos que permiten dar por cumplido los requisitos estipulados en el artículo 32.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto.

4. Analice las circunstancias ocurridas durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial

A) Cursó la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento un órgano administrativo que no dictó el acuerdo

No es preciso, y ninguna norma lo impone, que la notificación se curse por el órgano que dictó el acto; la excepción la constituye cuando se ordene un acto de ejecución material de resoluciones, en cuyo caso, el mismo órgano está obligado a notificar al interesado

la resolución que autorice la actuación administrativa (arts. 97 y SSTs 4 de abril de 1997 y 21 de enero de 1998).

Que la notificación no se cursara en el plazo de 10 días exigido por el artículo 40.2 de la Ley 39/2015 es una mera irregularidad no invalidante, salvo en el supuesto que puedan derivarse y se acrediten daños al interesado por la demora, en cuyo caso, la notificación tardía se ha llegado a considerar inválida (STS 25 de julio de 1992). Por ello, en una notificación demorada, en caso de actos favorables y si supone la pérdida de algún beneficio cierto y concreto al interesado, se podría apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración por un funcionamiento anormal de los servicios públicos (arts. 106 CE y 32.1 de la Ley 40/2015, LRJSP).

Además, podrá exigirse la responsabilidad disciplinaria al responsable, pues, a tenor de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 39/2015, LPAC,

los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de la Administración que tenga a su cargo el despacho de asuntos son responsables directos de su tramitación y deben adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos.

En su apartado 2 señala que «los interesados podrán solicitar la exigencia de esa responsabilidad a la Administración Pública de que dependa el personal afectado».

B) ¿Fue correcta la actuación de la Administración archivando, en primer lugar, el procedimiento y exigiendo, posteriormente, al hijo que acredite su condición de heredero?

No obró con arreglo a derecho pues, por un lado, el artículo 4.3 de la Ley 39/2015, LPAC señala que «cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento». Por ello, la Administración debió continuar el procedimiento y tan pronto tuviera conocimiento del fallecimiento del señor XXX comunicar a su hijo que nos encontramos ante una situación jurídica transmisible y, por ello, le sucedía en la condición de interesado en el procedimiento que se tramitaba. Por otro lado, el requerimiento de que demuestre su condición de heredero tampoco fue ajustado a derecho, pues la jurisprudencia, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991, señala que la condición de heredero no tiene por qué coincidir con la de perjudicado, y no es necesario obtener antes el reconocimiento de aquella para poder ser considerado como tal en el ámbito de la responsabilidad patrimonial administrativa. La obligación de la Administración es acreditar que ostentaba la condición de interesado, que la relación jurídica era transmisible y que el interesado que dio inicio el procedimiento fue su padre que había fallecido. El problema de si es heredero o no es heredero

es una cuestión de derecho civil que, en su momento, podría plantear alguna persona si discutiera esa condición ante el juzgado de primera instancia correspondiente, o incluso en vía contencioso-administrativa como cuestión prejudicial civil (art. 4 de la Ley 29/1998, LJCA).

C) Suponiendo que la legislación foral, en su caso, contemplara en su legislación una indemnización adicional a la pedida por el interesado, ¿sería ajustado a derecho?

El Estado tiene competencia exclusiva para establecer el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (Constitución, arts. 149, 1.^a y 18.^a). Aparece así el Estado como garante de la prescripción constitucional de que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139 CE). La potestad legislativa en esta materia corresponde pues al Estado, que establece los términos que desarrollen el derecho a indemnización por los daños que cause. Este sistema de responsabilidad es de observancia por todas las comunidades autónomas, sin perjuicio de que estas puedan establecer otros supuestos de responsabilidad siempre que respeten la legislación estatal, con la que han de cohonestarse, y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada.

Si la legislación foral prevé una indemnización adicional, se trataría de una garantía indemnizatoria adicional que se superpone a la indemnización general fijada por el Estado (STC 61/1997).

Sin embargo no sería posible una indemnización adicional a la pedida por el interesado, porque en ese caso se produciría un enriquecimiento injusto de este prohibido por el ordenamiento jurídico, al obtener más indemnización que el perjuicio realmente causado.

Las competencias autonómicas en esta materia se contemplan para otros supuestos de responsabilidad, respetando la legislación estatal, y deben servir al desarrollo de una política sectorial determinada, y también se extiende a las especialidades procedimentales propias de su singular asunción de competencia en esta materia.

D) El planteamiento, en vía civil que hizo el interesado, ¿qué efectos, en su caso, produjo respecto al plazo de prescripción para el ejercicio de la acción? ¿Y cuál es la diferencia entre la interrupción o la suspensión del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción?

De acuerdo con el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, LJCA, conocen los órganos jurisdiccionales de este orden de

la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

Por ello, esta demanda civil debe ser no admitida por falta de jurisdicción para su conocimiento.

Es cierto que el artículo 1973 del Código Civil señala que «la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor», pero, en principio, debemos decir que, en este caso, como el ejercicio de esa acción es manifiestamente inadecuada, no se produciría ni la interrupción ni la suspensión del plazo de prescripción, porque está claro que la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, como acabamos de señalar. La utilización de esta vía, tan solo en este caso, podría justificarse como un modo de conseguir que el plazo de prescripción se inicie posteriormente a cuando debió hacerlo.

El efecto jurídico derivado de la demanda civil, en el supuesto de que no sea manifiestamente inadecuada, planteada contra la Administración fue de interrupción de la prescripción, no de suspensión. La suspensión se aplica únicamente cuando la ley, de forma expresa, se refiere a ella ordenando que el plazo se reanude, no que se reinicie o comience a correr de nuevo. La distinción entre una y otra se trata en sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985 y 13 de mayo de 2008 y se regula en el Código Civil, en el artículo 1973, y es el acto –uno de los cuales es el ejercicio de la acción ante los tribunales– que evita la consumación de la petición, y su efecto es que el derecho vuelva tener plena eficacia y, por ello, el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una nueva pretensión. La interrupción pues, es un acto potestativo de la prescripción que revigora el derecho subjetivo, y que no solo impide el curso de la petición sino que inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de esta. Por el contrario, la suspensión de la prescripción paraliza esta, no por el tiempo para la misma, pero no inutiliza el tiempo ya transcurrido. Así, cuando desaparece la causa de suspensión, sigue contando, no comienza de nuevo –como en la interrupción– el cómputo del tiempo para prescripción.

E) ¿Ha de atenderse a la solicitud del transportista en su solicitud de indemnización respecto a lo que pide como daños emergentes?

a) Gastos de asistencia jurídica y de costas procesales del proceso contencioso-administrativo.

Del concepto de reparación integral parece que debe excluirse a las costas procesales eventualmente producidas para obtener el reconocimiento del derecho ante los tribunales, aunque hay algunas sentencia del Tribunal Supremo, por ejemplo la del 8 de febrero de 1991 que entendió como un concepto indemnizable los gastos de defensa ante los tribunales.

Existe una consolidada corriente jurisprudencial que no reconoce entre los conceptos indemnizarles los gastos de defensa del particular-interesado ante los tribunales (entre otras SSTs de 2 de febrero de 1993, 20 de octubre 1998 y 18 de marzo de 2000).

La Ley 29/1998, LJCA, fija las reglas de imposición de las costas procesales, donde van incluidos los gastos de asistencia jurídica, como competencia del órgano jurisdiccional que dicta la sentencia, y este las impone atendiendo a las circunstancias concretas del proceso, y se prevé en dicho artículo la imposición de las costas a una sola parte cuando se dan los requisitos allí establecidos. Por tanto, si el órgano jurisdiccional, TSJ, no creyó oportuno imponer las costas procesales a la Administración, su razones tendría, por lo que no puede incluirse como concepto indemnizatorio, porque equivaldría, en caso de accederse a ello, contrariar lo que ha fijado el órgano jurisdiccional.

b) Lucro cesante y daño emergente.

De ser cierto lo alegado por el transportista es evidente que los 100.000 euros que solicita han de incluirse en algunos de esos conceptos.

El Tribunal Supremo precisa que la indemnización normalmente ha de limitarse al segundo de los conceptos (que genera indemnización en todo caso), teniendo en cuenta el lucro cesante solo cuando su producción sea jurídicamente posible por el cumplimiento de los requisitos y circunstancias necesarios, exigiéndose una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener (SSTS, entre otras, de 15 de octubre de 1986, 10 de octubre de 1998 y 20 de febrero de 1999). Sin embargo el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado han suavizado las exigencias probatorias, declarando que debe apreciarse de modo prudente y restrictivo, incluso por vía de presunción, pero sin que ello comporte una prueba plena de acabada, debiendo descansar su apreciación, en cada caso, sobre un razonable juicio de probabilidad, evitando con ello una «prueba diabólica» (SSTS de 11 de febrero de 1995, 23 de junio de 1995, 14 de febrero de 1998 y 13 de octubre de 1998).

En el presente caso, en principio, lo reclamado por el interesado parece que ha de incluirse en el daño emergente, porque no se solicita ni se aporta prueba ninguna sobre lo que habría dejado de ganar por las circunstancias producidas, sino que, simplemente, se expone que solicitó un préstamo y que no pudo hacer frente al mismo, por lo que perdió por embargo los dos camiones con lo que realizaba su actividad profesional. Al respecto, hemos de decir que la conducta del interesado, dejando de pagar los plazos a la entidad bancaria, fue lo que provocó que esta ejercitara la acción de embargo ante la jurisdicción ordinaria, por lo que ninguna intervención hubo por parte de la Administración para la producción de ese daño, que ha calculado en 100.000 euros. Por tanto, y salvo que se demuestre que obró con toda la diligencia debida, ninguna influencia tuvo la Administración en la situación que se produjo.

Por otra parte, fija el relato de hecho que se embargaron los dos camiones, siendo de suponer que se venderían en pública subasta o en la forma que determina la Ley de enjuiciamiento civil, lo que significa que si se vendieron por precio inferior a los 100.000 euros, el juzgado devolvería la cantidad restante al interesado, por lo que la cantidad sería inferior a lo que él solicita.

En conclusión, entendemos que no concurren los requisitos necesarios para atender a la solicitud del transportista salvo que acreditara los hechos de manera fehaciente.

F) ¿Tiene alguna consecuencia jurídica que no informara el órgano consultivo máximo de la comunidad foral?

En este caso, es competencia de las respectivas comunidades autónomas establecer los supuestos en que en dicho informe es preceptivo y el de tener en cuenta que en Navarra, conforme a la Ley Foral 8/2016, en su artículo 14.1, dicho informe no es preceptivo si la cuantía no es igual o superior a 300.000 euros. Por lo que no era obligatorio el informe de dicho órgano consultivo.

De haberlo sido, y no habiéndose solicitado, sería un vicio de nulidad absoluta del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, por tratarse de un supuesto similar a prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Pero es preciso recordar que en muchos casos se ha considerado el vicio como de anulabilidad del artículo 48 de dicha ley, o incluso nada, cuando, de haber existido dicho informe, hubiera sido coincidente con la resolución dictada.

G) ¿Obra con arreglo a derecho el instructor del procedimiento en el requerimiento para que presente testimonio de la sentencia judicial al objeto de comprobar la cantidad que se le impuso en concepto de costas judiciales al interesado, fijándole día y hora y advirtiéndole de caducidad del procedimiento si no lo hacía?

Dispone el artículo 30.1 de la Ley 39/2015 que debe entenderse que los plazos expresados en horas se refieren a horas hábiles, y que son hábiles todas las horas que formen parte de un día hábil. Añade que el cómputo del plazo se hará desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto (y, por tanto, el plazo vencerá en la hora y minuto correspondiente –hay que entender que al final del minuto que tiene igual número que aquel en el que comenzó el cómputo–). Concluye disponiendo que estos plazos expresados en horas no pueden tener una duración superior a 24 horas, pues en caso contrario deberán expresarse en días.

La nueva ley quiere que los plazos superiores a 24 horas se expresen en días. Pero sucede que algunos plazos están ya establecidos en horas, y son superiores a 24. En tal caso, el rango normativo de la Ley 39/2015 puede hacer dudar sobre si se ha producido la derogación tácita de estas normas y el plazo debe entenderse establecido ahora en días. La cuestión no se plantea cuando la norma que los establece es una ley orgánica (como por ejemplo los numerosos plazos de 72 horas y de 48 horas que establece la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería), pero sí en otros casos en los que el plazo lo establece una norma con rango igual o inferior al de la Ley 39/2015, como sucede en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, caza y régimen de los animales, menores, protección del patrimonio arqueológico, inspección de máquinas recreativas y de azar, emisión de votos

particulares en órganos colegiados, propiedad intelectual, medio ambiente, etc. Adviértase que el cómputo de los plazos por horas (que tiene en cuenta la hora y minuto del inicio de dicho cómputo) es diferente del de los plazos por días (que incluye hasta las 24 horas del último día del plazo). Por ello, no parece que haya sido intención de la Ley 39/2015 «red denominar» automáticamente, por la vía de la derogación tácita, los plazos establecidos en horas que sean superiores a 24, muchos de ellos en normas autonómicas: es tan solo un precepto (bien orientado) vinculante para normas reglamentarias y autonómicas futuras. No obstante, habría sido deseable que la Ley 39/2015 tuviera una disposición que lo aclarara.

En conclusión, no resulta ajustado a derecho la fijación de una hora límite para la presentación de lo solicitado, porque el plazo debe computarse por días exclusivamente, y el último día de plazo se tiene por entero, por tanto, disponía hasta las 00,00 horas del último día del plazo para presentar.

Respecto a la advertencia de declaración de caducidad del procedimiento si no lo presentaba en el plazo fijado, tampoco resulta ajusta a derecho pues, de acuerdo con el artículo 95 de la Ley 39/2015 y tras el análisis de los requisitos exigidos para la misma, aplicado al caso que analizamos señala que no podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite. Resulta evidente que la no aportación del testimonio de la sentencia para acreditar las costas procesales impuestas no era indispensable para dictar la resolución. Si no se aporta la consecuencia, será que no se tendrá en cuenta esta cantidad en el caso de que se estimara su solicitud de indemnización, que no fue así porque la resolución fue desestimatoria.

Por otro lado, no se puede olvidar que el artículo 86.1 de la LPAC señala que «los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio». Por tanto, podría aportarse en cualquier momento lo solicitado, incluido durante el trámite de audiencia.

5. Realice un informe sobre si el recurso interpuesto por el interesado debe ser estimado o no y, en su caso, los correspondientes argumentos. Si rebate las razones alegadas por la Administración para la desestimación del recurso, indique y explique los fundamentos para ello

A) Que, en su momento procesal oportuno, no planteó la imprescindible cuestión de inconstitucionalidad del artículo 30.2 de la ley foral, que era el modo en que exteriorizaba la inconstitucionalidad de la misma y que serviría de base a la posible reclamación de indemnización en concepto de responsabilidad del Estado legislador

En absoluto puede servir este argumento para desestimar la pretensión ejercitada de reclamación de indemnización en concepto de responsabilidad del Estado legislador.

La cuestión de inconstitucionalidad se regula en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, señalando en su apartado 1.º que

cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

De manera que no estaba el interesado legitimado para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Por otra parte, el artículo 32.4 de la Ley 40/2015, LRJSP señala:

Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada,

de lo que se deduce que tal exigencia no era exigida por la ley que, simplemente, se limita a señalar que por parte del interesado se alegue la inconstitucionalidad, sin que se establezca ninguna otra exigencia.

B) Respecto a la cuestión de fondo y si concurre alguno de los requisitos exigidos, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislado, derivado de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 30.2 de la Orden 00/0000. En concreto, son dos los elementos cuya concurrencia se cuestiona

a) El primero de los requisitos exige que el interesado haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso planteado contra la actuación administrativa.

La cuestión viene contestada en la STS, Sección Quinta, n.º 1422/2020, 29 de octubre, que ha seguido la doctrina jurisprudencial fijada por muchas otras anteriores, en la cual profundizamos y transcribimos, literalmente, muchos de sus argumentos, porque ha supuesto la consagración de una importante dulcificación respecto a la exigencia de que el interesado en sus recursos jurisdiccionales alegue la inconstitucionalidad del o de los preceptos, anteponiéndose a lo que es competencia del Tribunal Constitucional y debiendo tener, poco menos, que facultades de médium o adivinador para analizar el futuro. La misma señala:

La cuestión propuesta ha obtenido respuesta de esta Sala y Sección en sentencias n.º 1158/20, de 14 de septiembre (casación 2486/19); 1186/20, de 21 de sep-

tiembre (casación 2820/19); n.º 1351/20, de 19 de octubre (casación 5694/19), y, 1384/20, de 22 de octubre (casación 6717/19), en cuyo contenido nos ratificamos y cuya doctrina hemos de reiterar.

Como en ellas decíamos, la interpretación se refiere a la exigencia legal de que «el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada».

Se vienen distinguiendo dos títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: el primero de carácter general, derivado de actos legislativos no expropiatorios y, el segundo, derivado de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional.

En ambos casos, se trata de garantizar la indemnidad patrimonial, mediante la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, por la actividad de la Administración, en este caso, la aplicación de actos legislativos, causándole una lesión que no tiene el deber de soportar, como expresamente señala el referido art. 32, número 3 y 4 LRJSP. La finalidad de la institución se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión al no existir un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial.

Por tanto, el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial individualizada, real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo, sino que se asienta en la falta de justificación del daño, es decir, en la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber jurídico de soportarla.

Cuando la imputación de la responsabilidad deriva de la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, la jurisprudencia, ya desde la sentencia de 29 de febrero de 2000 (recurso de casación 49/1998), señalaba que «por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido *a priori* en su texto».

Añadía dicha sentencia «que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquel en la directa aplicación por los órganos admi-

nistrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó».

Por otra parte, y en relación con la exigencia de impugnación por los interesados del acto administrativo de aplicación de la norma inconstitucional, la sentencia de 13 de junio de 2000 (casación 567/1998), añadía que: «Podría sostenerse que las partes recurrentes están obligadas a soportar el perjuicio padecido por no haber en su momento recurrido las autoliquidaciones en vía administrativa. De prosperar esta tesis, el daño causado no sería antijurídico, pues, como expresa el art. 139.3 de la Ley 30/1992 —hoy el artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector público— sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Esta Sala, sin embargo, estima que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que esta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es solo el Tribunal el que tiene facultades para plantear «de oficio o a instancia de parte» al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable.

Abunda, también en ello, la sentencia de 17 de julio de 2000 (casación 736/1997) en la que, tras reiterar que:

No parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuridicidad del daño causado por el desembolso de determinadas cantidades en concepto de gravamen complementario sobre la tasa de juego, pues tal abono se produjo exclusivamen-

te en virtud de lo dispuesto por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, de manera que quienes lo efectuaron no tenían el deber de soportarlo», señala que «si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y solo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes».

Según la Doctrina decir que esta reforma fue desafortunada es quedarse corto.

Los nuevos requisitos parecen haber sido introducidos con el fin de evitar que el Estado vuelva a tener que hacer frente a reparaciones millonarias por condenas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como la derivada de la Sentencia de 27 de febrero del 2014, que declaró el impuesto sobre la venta de determinados hidrocarburos contrario a la Directiva 92/12/CEE, sobre los impuestos especiales (las indemnizaciones debidas como consecuencia de la anulación del conocido como céntimo sanitario ascienden a más de 1.600 millones de euros). Y es posible que, para eludir que esta exigencia infringiera el principio de equivalencia de las condiciones exigidas para hacer efectiva la responsabilidad en el Derecho de la Unión Europea y en el nacional, el precepto introdujera también los mismos condicionantes respecto de las solicitudes de indemnización por leyes declaradas inconstitucionales.

Pues bien, la introducción de estas exigencias leoninas ha dado lugar ya a que la Comisión Europea haya interpuesto en noviembre del 2019 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un recurso por incumplimiento contra España. Este recurso, formulado tras no haberse conseguido una solución satisfactoria en la fase precontenciosa, se fundamenta en que los requisitos procedimentales no parecen respetar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho de la Unión y, en particular, por lo que aquí interesa, el principio de efectividad, al hacer excesivamente difícil que los perjudicados puedan reclamar esta responsabilidad.

Pero ahora, en varias sentencias recientes, el Tribunal Supremo ha interpretado estos requisitos procedimentales y temporales contenidos en los artículos 32 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de un modo que favorece más la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial.

Así lo hace la Sentencia 1158/2020, de 14 de septiembre (ponente: Octavio Herro Pina), que sienta la doctrina, continuada por las sentencias 1186/2020, de 21 de septiembre; 1275/2020, de 5 de octubre; 1264/2020, de 7 de octubre; 1351/2020, de 17 de octubre, y 1384/2020, de 22 de octubre:

a) En cuanto a los requisitos procedimentales del artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, esto es, a la exigencia de que se haya recurrido la actuación administrativa de aplicación de la ley que causó el daño y que se haya obtenido una sentencia firme desestimatoria del recurso, el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina –en respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia–:

Los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito previsto en el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto, comprende[n] todas aquellas formas de impugnación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional.

Y, entre estas formas de impugnación, se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño, que colma el requisito que fija el artículo 32.4 de la Ley 40/15.

No es necesario, por consiguiente, haber interpuesto un recurso contra el acto de aplicación de la ley que causó el daño alegando la causa que determinaría su inconstitucionalidad, sino que cabe también, una vez que dicho acto sea firme por no haber sido recurrido en plazo, que el perjudicado haya solicitado la revisión de oficio a la Administración presentando las alegaciones y que contra su desestimación haya acudido a los tribunales. En la solicitud de revisión de oficio y en el recurso tendrá que alegar la causa de inconstitucionalidad de la ley aplicada.

La sentencia funda esta interpretación en la jurisprudencia de la Sala sobre la posibilidad de reclamar responsabilidad a la Administración por la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley que preveía la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común (art. 139.3) cuando el acto administrativo causante del daño hubiera adquirido firmeza

Ya desde el año 2000 el Tribunal Supremo entendió que no podía considerarse como una carga exigible al particular, con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley, la de recurrir un acto de aplicación de la norma declarada inconstitucional, pues esta carga sería desproporcionada y con-

duciría a la consecuencia absurda de «sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable». Se admitió, por ello, la posibilidad de que, si los perjudicados de una ley declarada inconstitucional no hubieran recurrido jurisdiccionalmente los actos de aplicación, pudieran luego, una vez declarada dicha inconstitucionalidad, instar la revisión del acto nulo de pleno derecho en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba (SSTS de 13 de junio del 2000, casación 567/1998, y de 17 de julio del 2000, casación 736/1997, seguidas por otras muchas posteriores).

La misma doctrina se mantiene ahora, si bien con la precisión –en virtud de la regulación del artículo 32.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público– de que el procedimiento de revisión de oficio ha de instarse antes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

A pesar de esta limitación, se trata de un avance no desdeñable para el ejercicio de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues normalmente la posible inconstitucionalidad de un precepto legal se ve precedida por comentarios o estudios doctrinales que pueden poner sobre aviso a los posibles afectados, con lo que la revisión de oficio, –para la cual no hay plazo– les permite cumplir el requisito.

b) «Sin embargo, en los supuestos en que no exista el valladar de la cosa juzgada, cabe instar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba, por el procedimiento establecido en la referida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que, como en el proceso terminado con nuestra Sentencia de 13 de junio de 2000, el interesado promueva directamente la acción de responsabilidad patrimonial, derivada de actos del legislador, dentro del plazo legalmente establecido.

Ese criterio mayoritario es el que se ha mantenido en numerosas sentencias posteriores, que llegan hasta la actualidad (SS 3 y 15 de noviembre de 2006) relativas a reclamaciones derivadas de la inconstitucionalidad de dicho art. 38.2.2. de la Ley 5/90 declarada por la STC 173/1996».

En este mismo sentido, la sentencia de 17 de marzo de 2001 (casación 520/1998), refiere todas las anteriores de igual contenido de 29 de febrero de 2000 (casación 49/98); 13 de junio de 2000 (casación 567/98); 15 de julio de 2000 (casación 736/97); 30 de septiembre de 2000 (casación 481/98); 20 de enero de 2001 (casación 562/98); 17 de febrero de 2001 (casación 349/98) y 3 de marzo de 2001 (casación 529/98).

Pues bien, dicha jurisprudencia, como decíamos en nuestras sentencias n.º 1158, 1186, 1351 y 1384/20, ha de tenerse presente «al examinar el alcance de la exigencia establecida en el art. 32.4 –haber obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posterior-

mente declarada— ya que en dichas sentencias se describe la compleja posición jurídica en la que se encuentra el perjudicado a la hora de hacer valer su derecho frente a la lesión causada en razón de la inconstitucionalidad de la norma aplicada, en cuanto su valoración no se limita a cuestionar la legitimidad de la actuación administrativa ajustada a la norma aplicada y causante del daño cuya reparación pretende sino que, implica, superando la presunción de legalidad de la norma, la realización de un juicio o valoración de su constitucionalidad, que siempre entraña dificultades notables; y ello en un marco jurídico en el que el perjudicado no está legitimado para ejercitar la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal competente para su conocimiento, que en la impugnación en vía administrativa no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad, y en la impugnación jurisdiccional se limita a solicitar su planteamiento ante el órgano jurisdiccional que está conociendo de la impugnación frente al acto administrativo, que es el competente para decidir al respecto».

En esta situación, decíamos, «lo procedente es efectuar una interpretación amplia de la exigencia del art. 32.4 LRJSP en cuanto, como señalan las sentencias citadas, supone una limitación o cortapisa procedimental considerable que, además, se proyecta sobre el acto administrativo, siendo que el resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica necesariamente dejar sin efecto el acto sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y evaluable que resulta indemnizable, derecho que nace y tiene su fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de la norma por el Tribunal Constitucional.

Por ello, cuando el precepto se refiere a sentencia firme en cualquier instancia desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa, ha de entenderse que comprende todas aquellas formas de impugnación de dicha actuación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con la misma cuestionando su constitucionalidad y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional.

En este sentido, entre estas formas de impugnación, según la propia legislación tributaria, se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, como uno de los procedimientos especiales de revisión, que, junto el recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas, integran los medios de revisión de los actos de aplicación de los tributos. Así se reconoce en las referidas sentencias, por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional, de acuerdo con la legislación general, señalando que cabe instar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba, por el procedimiento establecido en la referida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, criterio que ha de mantenerse con la precisión, en virtud de la regulación del art. 32.4 LRJSP, de que el procedimiento de revisión de oficio ha de instarse antes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma».

Por tanto, la respuesta a la cuestión interpretativa planteada en el caso que analizamos debe ser que

- Los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito previsto en el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto, comprende todas aquellas formas de impugnación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional.
- Y, entre estas formas de impugnación, se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño, que colma el requisito que fija el artículo 32.4 de la Ley 40/15.

b) El segundo, que es el que entendió que no se había cumplido, hace referencia a la necesidad de que no hayan transcurrido más de cinco años entre la producción del daño y la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Boletín Oficial del Estado.

Respecto a la concurrencia del requisito temporal establecido en el artículo 34.1 párrafo segundo, según el cual:

serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley», requisito que también se considera incumplido en la sentencia recurrida.

A tal efecto y en congruencia con el criterio sostenido en la sentencia que resuelve el recurso 3144/2019, ha de examinarse la naturaleza y alcance de dicho plazo, para lo cual, lo primero que ha de tenerse en cuenta es que no se trata del plazo de prescripción de la acción de reclamación, pues este se regula en el art. 67.1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, disponiendo que «En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea».

Se mantiene, pues, el plazo general de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, plazo que según reiterada jurisprudencia y como señala la citada sentencia de 13 de junio de 2000 (casación 567/98), «comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la *actio nata* o nacimiento de la acción. Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia, es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial».

El plazo establecido en el art. 34.1 párrafo segundo se refiere a la prescripción del daño en cuanto integra el derecho indemnizable, constituyendo la delimitación – por el legislador– del alcance de la responsabilidad patrimonial a través de dicho criterio temporal, e imponiendo el deber general de soportar los daños producidos más allá de dicho plazo de cinco años, afectando, por lo tanto, al elemento de la antijuridicidad, como existencia de un deber legal de soportar el daño de acuerdo con la Ley (art. 32.1 LRJSP).

A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad patrimonial se contempla en el art. 106.2 de la Constitución como un derecho de configuración legal, según la expresión «en los términos establecidos por la ley», de manera que corresponde al legislador definir el alcance de la misma en los distintos supuestos, contenido al que habrá de estarse en cuanto se imponga con carácter general y por igual a todos afectados, proyectándose sobre el conjunto de los ciudadanos, cuyas consecuencias tienen la obligación de soportar, en cuanto respondan al ámbito de libertad de configuración normativa que corresponde al legislador y constituya una regulación general que se mantiene dentro del marco y límites constitucionales propios del ejercicio de la potestad normativa.

Desde estas consideraciones y respecto del cómputo de dicho plazo, no se cuestiona el *dies ad quem*, que viene referido a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma según precisa el art. 34.1, fecha que opera como *dies a quo* en relación con el cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación. Sin embargo, el precepto no es tan preciso en la determinación del *dies a quo*, refiriéndose genéricamente a «los daños producidos» como única indicación, lo que plantea la cuestión del momento en que se entiende producido el daño.

Hemos ya dicho, en este particular, que cuando el precepto se refiere a «daños producidos» está aludiendo a aquellos incuestionables y definitivos que no están sujetos o pendientes de revisión. En la jurisprudencia se atiende a los distintos tipos de daños señalado las particularidades de cada caso, en relación con la consolidación y fijación de la realidad de los mismos. En este sentido y cuando el daño

se imputa a un acto administrativo que se considera ilegal, la producción del daño viene referida al momento en que se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías –para corregir o evitar la efectividad del perjuicio– utilizadas por el interesado.

Y esta apreciación, consideramos, es también conforme con la naturaleza del plazo establecido en el referido art. 34.1, dado que al cuestionarse por el perjudicado el acto causante del perjuicio ha de entenderse interrumpido su cómputo, de manera que no puede referirse la producción del daño consolidado y definitivo a un acto pendiente de decisión judicial y, que, caso de resultar favorable, determinaría la eliminación del mismo y consiguientemente la procedencia del daño. No puede olvidarse, en este sentido, que uno de los elementos que conforman la responsabilidad patrimonial es la realidad del daño.

Cabe añadir, sobre la posible afectación del principio de seguridad jurídica, tanto en relación con la interpretación de este art. 34.1 como la anteriormente expuesta del art. 32.4, lo que ya se indicaba en la citada sentencia de 13 de junio de 2000 (casación 567/1998), cuando señalaba que: «Este principio, en efecto, tal como se infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional, que lo aplica al ámbito tributario en relación con la devolución de los ingresos de esta naturaleza realizados al amparo de una ley declarada inconstitucional afecta al ingreso tributario en sí mismo, al acto administrativo en cuya virtud este ha tenido lugar y a la Administración que lo ha percibido dentro de un sistema tributario que se rige por un principio de equilibrio entre ingresos y gastos. Sin embargo, dicho principio no puede extraerse de este contexto, para acudir a exonerar al Estado por los daños y perjuicios originados por su actuación legislativa. En efecto, dicha actuación es ajena y de naturaleza distinta a la actividad administrativa tributaria sobre la que aquel principio se proyecta en su formulación por el Tribunal Constitucional. El resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente».

Criterio que es aplicable, aun teniendo en cuenta las peculiaridades del sistema fiscal del País Vasco y su gestión por las Diputaciones Forales, en cuanto la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la actuación legislativa plasmada en la Norma Foral declarada inconstitucional resulta exigible al margen de la pervivencia del correspondiente acto de gestión tributaria adoptado en aplicación de dicha norma.

En consecuencia, atendiendo a dicho cómputo del término inicial del plazo y la fecha de publicación de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la norma foral, ha de entenderse que la reclamación recurrente cumple también el requisito temporal establecido en el referido art. 34.1, párrafo segundo.

En cuanto al límite temporal del artículo 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, la sentencia flexibiliza también el plazo de cinco años al considerar que, en caso de que el acto administrativo que causó el daño sea objeto de recurso o de la acción de nulidad, el cómputo quedará interrumpido y solo se reiniciará

desde el momento en que dicte la resolución judicial firme desestimatoria. Éste es el momento –dice la sentencia– en el que «se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante». El plazo de cinco años queda abierto, en definitiva, hasta que no se recurre o, en su caso, se ejerce una acción de nulidad y estas vías de revisión son desestimadas.

En conclusión, el recurso debería ser estimado por todas razones anteriormente señaladas.

6. Informe sobre las circunstancias del propósito de la Administración de entregar un inmueble al interesado, en lugar de la indemnización en dinero, así como sobre la intención del presidente del organismo autónomo de interponer recurso contencioso-administrativo si se entrega este inmueble al perjudicado

En primer lugar, debemos señalar que el artículo 34.4 de la Ley 40/2015, LRJSP señala que «la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado». De manera que no se puede imponer esta forma de resarcimiento, sino que debe existir acuerdo para el interesado. Por otra parte, han de acreditarse los otros requisitos exigido: que resulte más adecuado para lograr la reparación (esto lo decidirá el interesado) y que convenga al interés público.

En segundo lugar, el artículo 35.1 de la Ley 33/2003, Ley de patrimonio de las Administraciones públicas, referido al control de la inscripción en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado señala que «no se podrán realizar actos de gestión o disposición sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado si estos no se encuentran debidamente inscritos en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado». Sin embargo, no debe entenderse como una prohibición absoluta para ceder o enajenar un bien cuyo incumplimiento acarree la invalidez de la disposición del bien, pues esta podrá probarse por todos los medios de pruebas admitidos en derecho (testifical, documental, etc.), viniendo a ser dicho artículo un recordatorio a la Administración para que cumpla con la obligatoriedad de la inscripción por razones de certeza y seguridad jurídica respecto a la naturaleza del bien para evitar problemas posteriores.

En tercer lugar, al estar adscrito a un organismo autónomo se convirtió en un bien demanial, así el artículo 73.1 de la Ley 33/2003, LPAP, especifica que

los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado podrán ser adscritos a los organismos públicos dependientes de aquella para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios. En ambos casos, la adscripción llevará implícita la afectación del bien o derecho, que pasará a integrarse en el dominio público.

Y, en su apartado 3, que «la adscripción no alterará la titularidad sobre el bien».

Los artículos 77 y 78 de la LPAP prevén los motivos para la desadscripción (por incumplimiento del fin y por innecesariedad de los bienes) que se declarará por el ministro de Hacienda, previa instrucción por parte de la Dirección General de Patrimonio del Estado. No parece que estemos ante ningún supuesto de estos, pues el organismo autónomo sigue utilizándolo como sede del mismo. De manera que parece complejo que este inmueble se pudiera utilizar para compensar al interesado, puesto que sigue teniendo la condición de demanial, y, por ello, no cabe su enajenación ni su donación. De manera que el requisito consistente en «que convenga al interés público» y que justificó la adscripción no parece que haya desaparecido. Además, el artículo 81.1 de la LPAP señala que «los bienes inmuebles y derechos reales de los organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado que no les sean necesarios para el cumplimiento de sus fines se incorporarán, previa desafectación, en su caso, al patrimonio de esta». No parece el caso.

Las otras opciones para la Administración para recuperar el inmueble serían:

- Si cree que el organismo autónomo no es útil, debe suprimirlo por alguna de las causas del artículo 96 de la Ley 40/2015 o por cualquier otra prevista en sus estatutos. De esta manera recuperará el bien.
- Efectuar, de acuerdo con el artículo 72.4, una mutación demanial. El precepto señala que

la mutación de destino de los bienes y derechos demaniales propios de los organismos públicos para el cumplimiento dentro del organismo de sus fines o servicios públicos se acordará por el ministro titular del departamento del que dependan, a propuesta de su presidente o director. Las mutaciones de destino de bienes y derechos demaniales propios o adscritos de un organismo, para el cumplimiento de fines o servicios de otro organismo o de la Administración General del Estado, serán acordadas por el ministro de Hacienda, a propuesta conjunta de las dos entidades.

De esta manera señalaría otro inmueble para que sirviera de sede y recuperaría el que quiere utilizar para la compensación al interesado.

Finalmente, respecto al recurso contencioso-administrativo anunciado por el presidente del organismo autónomo, si se entrega el inmueble a particular, el artículo 20 c) de la Ley 29/1998, de LJCA señala que no están legitimados para interponer este recurso

las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que

por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración.

No parece que, en este caso, se le haya dotado de ese estatuto específico.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 24, 106, 139 y 149.
- Código Civil, art. 1.973.
- Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, arts. 35.
- Ley Orgánica 6/1985, del poder judicial, art. 241.
- Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, arts. 2, 4, 21.1, 48, 49, 86, 88 y 89.
- Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, arts. 35, 73, 77, 78 y 81.1.
- Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, arts. 4.3, 20, 30, 47.1, 48, 67, 86 y 95.
- Ley 40/2015, del régimen jurídico del sector público, arts. 32, 34, 40 y 96.
- Ley Foral 8/2016, sobre el Consejo de Navarra, arts. 14.
- STS, Sección Quinta, núm. 1422/2020, 29 de octubre.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («» y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.ª ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea



INICIO
Preparación
en septiembre
de 2021



CEF.-

+30 MÁSTERES

+200 CURSOS

ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

DESCUENTO ESPECIAL AHORA

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE