

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 240 | Enero 2021

ISSN: 1699-129X

**Conflictos de Uber
y la necesidad de una
norma sobre compañías
de transporte en la red**
Anselmo Martínez Cañellas

**¿Reformas constitucionales
inconstitucionales?**

Francisco Javier Donaire Villa

Responsabilidad patrimonial y covid-19

Eugenio Moure González

**Responsabilidad patrimonial del
Estado en valoración de riesgos**

Vicente Magro Servet

CEF.-

Que nada te impida seguir formándote

+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]



TELEPRESENCIAL | ONLINE

Revista CEFLegal

Núm. 240 | Enero 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

Icíar 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 Monerde 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 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

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: 1699-129X

ISSN-e: 2531-2146

Imprime

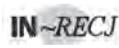
Artes Gráficas Coyve, SA

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: 1699-129X
ISSN-e: 2531-2146

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

- Los conflictos de Uber y la necesidad de una norma específica que regule las compañías de transporte en la red 5-32
Uber's conflicts and the need for a specific rule to regulate transportation network companies
Anselmo Martínez Cañellas

Constitucional-administrativo

- ¿Reformas constitucionales inconstitucionales? La eventual aplicación en España de un paradigma emergente en el derecho comparado 33-66
Unconstitutional constitutional amendment. The eventual application in Spain of an emerging paradigm in comparative law
Francisco Javier Donaire Villa
- Responsabilidad patrimonial y covid-19. El principio de precaución como título de imputación 67-98
Administrative liability and covid-19. The precautionary principle as a means to be held liable
Eugenio Moure González
- La responsabilidad patrimonial del Estado por defectuoso control de la valoración del riesgo de la víctima de violencia de género 99-120
The patrimonial responsibility of the state for defective control of the valuation of the risk of the victim of gender violence
Vicente Magro Servet

Casos prácticos

Civil

Partición del contador partidor sin consentimiento de legitimario Adelaida Medrano Aranguren	121-127
Seguro vinculado al préstamo: acción directa por tercero José Ignacio Atienza López	128-132
Préstamo hipotecario con intereses fijados en el índice IRPH Casto Páramo de Santiago	133-142
Demanda de reconocimiento de filiación extramatrimonial José Ignacio Esquivias Jaramillo	143-152

Administrativo

Patrimonio de las Administraciones públicas Julio Galán Cáceres	153-174
--	---------

Normas de publicación	175-176
-----------------------	---------

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>



Los conflictos de Uber y la necesidad de una norma específica que regule las compañías de transporte en la red

Anselmo Martínez Cañellas

*Profesor titular de Derecho Mercantil.
Universidad de las Islas Baleares*

anselmo.martinez@uib.es | <https://orcid.org/0000-0002-8128-3633>

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Icíar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

Uber es el paradigma de las compañías de transporte en red. Su disruptivo modelo de negocio ha generado conflictos con los taxistas que se han resuelto con modificaciones normativas de figuras jurídicas ya existentes, las VTC. Dichas modificaciones son parches que no han solucionado los problemas jurídicos que han surgido en materia regulatoria, concurrencial y laboral. Es necesaria una normativa específica de las compañías de transporte en red que resuelva los problemas que genera este nuevo modelo de negocio.

Palabras clave: Uber; taxi; VTC; precios dinámicos; precios personalizados; conductor; TNC.

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

Cómo citar: Martínez Cañellas, A. (2021). Los conflictos de Uber y la necesidad de una norma específica que regule las compañías de transporte en la red. *Revista CEFLegal*, 240, 5-32.





Uber's conflicts and the need for a specific rule to regulate transportation network companies

Anselmo Martínez Cañellas

Abstract

Uber is the paradigm of network transportation companies. Its disruptive business model has generated conflicts with taxi drivers that have been resolved with regulatory changes to existing legal entities, the VTC. These modifications are patches that have not solved the legal problems that have arisen in regulatory, competition and labor matters. A specific regulation of the network transport companies is necessary to solve the problems generated by this new business model.

Keywords: Uber; taxi; VTC; dynamic pricing; personalized pricing; driver; TNC.

Citation: Martínez Cañellas, A. (2021). Los conflictos de Uber y la necesidad de una norma específica que regule las compañías de transporte en la red. *Revista CEFLegal*, 240, 5-32.





Sumario

1. Uber, un modelo de negocio internacional
 2. Conflictos entre Uber y el servicio público municipal del taxi
 - 2.1. Conflictos entre Uber y el servicio público municipal del taxi en España
 - 2.2. La competencia desleal de UberPop
 - 2.3. Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea: Uber es una empresa de transporte
 - 2.4. Uber como empresa de transporte en España. UberX
 - 2.5. La actual regulación de las VTC
 - 2.6. La defensa de Uber para evitar las licencias de VTC
 3. Algunos posibles incumplimientos de las normas sobre competencia
 - 3.1. Venta a pérdida por parte de Uber
 - 3.2. Imposición de precio por parte de Uber a los conductores
 - 3.3. *Dynamic pricing*
 - 3.4. *Personalized pricing*
 4. Conflictos entre Uber y los conductores
 5. La necesidad de una norma específica reguladora de las compañías de transporte en red
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Uber, un modelo de negocio internacional

En 2009, en los inicios de la aparición del capitalismo en la economía colaborativa, que luego se denominaría *gig economy*, Garret Camp y Travis Kalanick crearon UberCap, con la finalidad de atender a la necesidad de una mayor eficiencia del transporte público en las ciudades, dado que, según ellos, el modelo de servicio público mediante taxis era ineficiente¹. Se plantearon una solución aprovechando la creciente *sharing economy*, creando una plataforma digital que permitiera a los conductores particulares ponerse de acuerdo con los solicitantes de transporte particular. Para ello, ambos tendrían que bajarse una aplicación, que, a través de sus algoritmos, se encargaría de procurar el conductor más cercano al solicitante y determinar el precio y su cobro para el conductor, a cambio de una comisión.

Desde su comienzo, la empresa adoptó una política de enfrentamiento con los gremios de taxistas, pues ambos modelos de negocio son muy similares. Tan similares, que el consumidor los considera intercambiables². Muestra de ello es la denominación inicial, UberCab, que la empresa tuvo que modificar en 2011, pasando a Uber, como consecuencia de las quejas de los operadores de taxi de San Francisco³.

Pronto el de negocio fue creciendo, extendiéndose por un mayor número de ciudades, inicialmente en Estados Unidos, y, en poco tiempo, por el resto del mundo, hasta alcanzar las más de 900 ciudades actualmente⁴.

¹ Su creación, sin embargo, está relacionada con el transporte de pasajeros de lujo. <<https://www.businessinsider.com/uber-travis-kalanick-bio-2014-1?IR=T>> <<https://www.businessinsider.com/ubers-history?IR=T#june-2010-ubercab-launches-in-san-francisco-at-the-time-it-cost-about-15-times-as-much-as-a-cab-but-ordering-a-car-was-as-simple-as-sending-a-text-or-pressing-a-button-it-quickly-became-a-hit-among-bay-area-techies-5>> (Brad Stone, 2017).

² Hasta tal punto que, allí donde Uber ha tenido éxito, el sector del taxi ha tenido que reestructurarse. En San Francisco, la mayor compañía de taxis de la ciudad, Yellow Cab Cooperative Association, tuvo que solicitar el concurso de acreedores para su reestructuración vía Chapter 11 US Code. *In re Yellow Cab Cooperative, Inc.*, No. 3:16-bk-30063 (N.D. Cal. Jan. 22, 2016).

³ <<https://www.irishtimes.com/business/technology/new-york-cab-fleeing-holds-lesson-on-data-versus-intuition-1.443982>>

⁴ <<https://www.uber.com/global/en/cities/>>

Esta extensión por ciudades, en vez de por países, no es casual. El modelo de negocio entra en competencia directa con un modelo de transporte público regulado como es el del taxi, cuya regulación y gestión, a nivel mundial, es esencialmente municipal.

Conflicto porque el taxi supone una concesión administrativa de la gestión de un servicio público, como es el transporte urbano de pasajeros, que busca mejorar la movilidad sin crear problemas de congestión de tráfico. Un incremento descontrolado de vehículos en las calles, además del incremento de contaminación, con los problemas de salud que generaría, podría llegar a crear problemas de abastecimiento de las ciudades.

La concesión de licencias de taxi, gestionada por los ayuntamientos, que limita su número para evitar dicha congestión, supone que, a cambio de una cantidad en pago de la licencia por parte del taxista, este puede recoger, en un coche del que pueda disponer (normalmente en propiedad, pero puede ser en *leasing*...), a clientes, en paradas habilitadas para ello por el municipio, así como, en la mayoría de las ciudades, deambular por las calles en busca de clientes, pudiendo parar a recogerlos en cualquier lugar por la mera llamada de estos, normalmente mediante un gesto de parada⁵. La posibilidad de poder parar un taxi en circulación mediante un gesto es más importante de lo que parece, pues indica que el taxi debe deambular y estar preparado para prestar un servicio inmediato. Diferente es el arrendamiento de vehículos con conductor, en el que el servicio se contrata previamente. Se trata de una distinción clave para diferenciar los mercados del taxi y la VTC, de ahí que las normas que regulan las prestaciones de servicios de la VTC incidan en la antelación con la que estos servicios deben estar contratados, para así distinguir estos servicios de los servicios prestados por los taxis, diferenciar ambos mercados, justificando así que las licencias y normas de ambas prestaciones sean diferentes.

Como servicio público, el ayuntamiento impone una serie de requisitos a los taxistas: les requiere los antecedentes penales, les obliga a pagar una licencia (a un precio tasado, si bien pueden transmitirla a terceros a un precio libre), les obliga a llevar taxímetros homologados, les establece el precio que deben cobrar por trayecto, que calculará dicho taxímetro⁶, o que será un precio cerrado según el origen y destino del pasajero (como desde el aeropuerto de la ciudad hasta la ciudad), les obliga a llevar hojas de reclamaciones, les obliga a que los coches tengan una determinada apariencia exterior, e interior, que tengan

⁵ A ello se añade la posibilidad de que sean llamados también por teléfono (normalmente a través de servicios de centralita organizados por asociaciones de taxistas).

⁶ Según la definición de la Real Academia Española, el taxímetro es un elemento relevante, pero no imprescindible en la definición de taxi, que define como «automóvil de alquiler con conductor, generalmente provisto de taxímetro». Si bien, indica que taxi es acortamiento de la palabra taxímetro. En su primera acepción, el diccionario Larousse de lengua francesa entiende que el taxímetro es un elemento esencial: «*Automobile de location munie de taximetre*». Sin embargo, el taxímetro no se menciona en la definición inglesa del Webster ni del Cambridge Dictionary.

un número máximo de asientos, en ocasiones les obliga a pasar un examen sobre el callejero de la ciudad y la normativa reguladora de su servicio, etc.

Por otra parte, el limitado número de licencias de taxi, y la posibilidad de que estas puedan ser transferidas a terceros sin control de precios por parte de la Administración, ha dado lugar a un encarecimiento del valor de mercado de dichas licencias, que es percibido por sus titulares como una inversión de futuro, muchas veces, de cara a su «jubilación». La aparición de Uber ha supuesto una reducción del valor de mercado de dichas licencias, puesto que los servicios que presta Uber son similares y pueden, según Uber, prestarse sin la licencia de taxi⁷.

Por su parte, el modelo de Uber que entró en conflicto con el taxi, UberPop, abre su plataforma digital a un número ilimitado de pasajeros y conductores, mediante la descarga de su aplicación informática⁸. Los conductores no deben pasar una prueba especial, ni pagar y obtener una licencia, sino que, simplemente deben acreditar estar en posesión de un permiso de conducción, un coche a su disposición (en propiedad o alquilado), coche que debe reunir ciertas características mínimas, bajarse la aplicación, firmar (digitalmente) un contrato de adhesión con condiciones generales (prerredactado por Uber), recibir un buscador de calles con geolocalizador (que actualmente pueden tener en sus *smartphones*), ir a buscar al solicitante del servicio, cobrar el precio que le indique Uber (previa deducción de una cantidad por parte de Uber), por anticipado (por lo que no requiere ningún tipo de taxímetro), y dejarse valorar por los pasajeros, así como valorarlos él mismo⁹.

La aparición de Uber, y, en especial, de UberPop, y la desregulación en la que pretende realizar su actividad, ha entrado en conflicto con el modelo reglamentado del taxi desde un primer momento, así como con las normas laborales y las de protección de los consumidores, entre otras. Primero en las ciudades de Estados Unidos, y luego en todas las ciudades del resto del mundo donde se fueron extendiendo. En general, los conflictos suelen ser siempre los mismos, y los podemos encuadrar en conflictos con los taxistas y los ayuntamientos, los conflictos con los conductores, los conflictos con las normas sobre compe-

⁷ En San Francisco, lugar de nacimiento de Uber, las licencias de taxi no eran transmisibles entre particulares, pero sí muy limitadas (1.500 para toda la ciudad), no muy caras de obtener, y podían mantenerse mientras el conductor hiciera un mínimo de horas, lo que generaba una deficiencia en el servicio. (Brad Stone, 2017).

⁸ Según la propia empresa, el negocio con el que inició sus actividades en España, UberPop, consiste esencialmente en gestionar la puesta en contacto de usuarios de medios de transporte con conductores de coches, por medio de una plataforma digital que dicha empresa gestiona. Dicha gestión consiste en una aplicación informática, descargable en los terminales móviles de usuarios y conductores que quieren hacer uso de este servicio.

⁹ El conductor se obliga al uso de la aplicación de Uber, a transportar al pasajero que Uber le asigne, a identificarse mutuamente con el pasajero, a usar la aplicación (que le indica, paso a paso, cómo llegar al destino con el pasajero), y ofrece la posibilidad de valoración mutua, de pasajero y conductor. <<https://www.uber.com/es/es-es/about/how-does-uber-work/>>

tencia y las normas de protección de datos, aparte de otras cuestiones como la utilización de esquemas tributarios de elusión fiscal, y los conflictos con las normas de defensa de los consumidores. Seguidamente, trataremos algunos de ellos.

2. Conflictos entre Uber y el servicio público municipal del taxi

Los conflictos con los taxistas y los ayuntamientos se basan en que el modelo de Uber deja fuera del control de los ayuntamientos gran parte de la movilidad, compitiendo directamente con el modelo del taxi en la naturaleza del servicio prestado al viajero, y en la principal característica de la solicitud del viaje por parte del pasajero: la inmediatez.

Piénsese que otros modelos, como el de remís, o *remise*, también llamado VTC (alquiler de vehículos de turismo con conductor) han convivido con el servicio de taxi sin problemas, precisamente por la falta de inmediatez en la solicitud de servicio. Los vehículos con licencia VTC carecen de taxímetros, pues se basan en la contratación previa. Sus servicios deben partir de los aparcamientos de la empresa, no pueden deambular en busca de clientes y no pueden ser parados por los clientes por la calle. Por lo general, las VTC también requieren una licencia administrativa especial, si bien no tan cara como la del taxi, aunque, como la del taxi, es libremente transmisible.

Monopolizado por el ayuntamiento el mercado del servicio de transporte de pasajeros que obedece a una solicitud inmediata por parte de estos, y sometido este a una regulación administrativa, que implica que solo pueden realizarlo los conductores con licencia municipal de taxi, la realización de una prestación dentro del mismo mercado relevante por otros operadores como Uber, o por los conductores que realicen la prestación de dicho servicio con intermediación de Uber, implicará un incumplimiento de la normativa administrativa y será susceptibles de ser sancionado.

La defensa frente a estas sanciones, la ha planteado Uber desde tres frentes:

Un primer frente, argumentando que su modelo mejora la gestión de la movilidad urbana, y que solo pretende romper un monopolio «injusto». Uber señala que su plataforma consigue una mayor eficacia de la movilidad urbana, ante el creciente número de vehículos. Eficacia que consigue poniendo un mayor número de vehículos que prestan los servicios (lo que, según Uber, supone un menor número de vehículos particulares), así como gestionando los movimientos de los conductores de Uber a través de la geolocalización, lo que permite a esta compañía realizar estudios de los datos de movilidad. Precisamente estos estudios de movilidad son utilizados por Uber para conseguir licencias de taxi o de VTC (como en la Ciudad de México o en Nueva York). Estudios de movilidad que parten del manejo de *big data*, de los datos personales tanto de conductores (a través del geolocalizador), como de los pasajeros que utilizan los servicios de Uber (cuyos movimientos pueden seguir gracias a la aplicación que ellos mismos han bajado en su móvil, aceptando su geolocalización).

Un segundo frente, alegando que Uber es una mera plataforma tecnológica, un prestador de servicios de la información, no una compañía de transporte y, como tal, solo está sujeta a la responsabilidad propia de las normas de los servicios de la sociedad de la información, no por las normas sobre el transporte urbano de pasajeros. Señala que son sus conductores quienes realizan los servicios, que ella solo pone en contacto a los conductores con los usuarios. Y esos conductores son particulares, no trabajadores de Uber. Son tan particulares como los usuarios, y las prestaciones de los servicios de transporte son puntuales, por lo que no se les puede aplicar las normas que se aplican a los taxistas, que realizan el servicio de manera profesional. Es cierto que, en algunos casos, la actuación de Uber, defendiendo a los conductores de UberPop que han sido objeto de sanción, e incluso pagando dichas sanciones, se contradice con el pretendido carácter de mero prestador de servicios de la información que Uber dice ser.

Un tercer frente, utilizado en los países donde su modelo UberPop ha sido prohibido, lanzando su modelo UberX, que, esencialmente es el mismo que el de UberPop, pero en el que Uber pone en contacto pasajeros únicamente con conductores con licencia VTC o empresas con licencia VTC que contrata, a su vez, a los conductores. Obviamente, este modelo solo es factible si la normativa de VTC permite la contratación inmediata por vía telemática (vía *smartphone*), y si permite la deambulación de los conductores por zonas próximas a los posibles clientes. Precisamente, ese ha sido el campo de batalla de las Administraciones públicas europeas, en las que, para mantener la diferenciación entre el mercado del taxi y el de las VTC, han regulado un plazo de contratación previo al servicio¹⁰. Otra alternativa al uso de las licencias VTC ha sido la celebración de acuerdos entre las autoridades municipales y Uber para la emisión de licencias específicas, o la aprobación de una normativa específica distinta de la del taxi o de las VTC, las licencias TNC (*transportation network company*).

2.1. Conflictos entre Uber y el servicio público municipal del taxi en España

En septiembre de 2014, Uber comenzó a actuar en Madrid y Barcelona, ofreciendo su servicio UberPop.

Su actuación se amparaba en considerarse a sí misma como una mera plataforma digital que facilitaba o intermediaba entre dos particulares: el usuario de un servicio, o viajero o pasajero, y el conductor (*prosumer*). Siendo además la empresa que opera Uber en Europa, Uber BV, una empresa neerlandesa, es decir, con sede en la Unión Europea, se le aplicaría

¹⁰ Uno de los primeros ejemplos ha sido el *Décret n.º 2013-1251 du 27 décembre 2013*, francés, en el que se obligaba a un plazo de precontratación de 15 minutos. Dicho *décret* fue declarado nulo por el *Conseil d'état* francés, por restringir desproporcionadamente la actividad de las VTC.

el régimen de servicio de la sociedad de la información propio de la Unión Europea (la norma nacional que corresponda a la trasposición de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (En España, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico).

Frente a dicha entrada en el mercado, asociaciones de taxistas de Madrid y Barcelona interpusieron una demanda contra Uber por competencia desleal ante los Juzgados de lo Mercantil n.º 2 de Madrid y n.º 3 de Barcelona¹¹.

2.2. La competencia desleal de UberPop

La demanda interpuesta por la Asociación Madrileña del Taxi ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid solicitaba la adopción de medidas cautelares que implicaban la inmediata paralización de la oferta de Uber en Madrid. Dichas medidas fueron adoptadas en el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, 9 de diciembre de 2014 (n.º de recurso 707/2014), basándose en la existencia de competencia desleal, por ser una actividad contraria al artículo 15 de la Ley 3/1991, de Competencia desleal, al prevalerse Uber de una ventaja competitiva, significativa (potencial para atraer demanda), adquirida mediante la infracción de las leyes. De hecho, la mera infracción de leyes permite presumir que la actividad tiene por objeto la actividad concurrencial, invirtiendo la carga de la prueba de la relación de causalidad.

Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Mientras dichas cuestiones no fueron resueltas, en España existía disparidad de criterios de los tribunales, en este caso contencioso-administrativos, en resoluciones que resolvían recursos contra sanciones administrativas del Ayuntamiento de Barcelona:

La sentencia n.º 179/2016, de 18 de julio, de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 15 de Barcelona señaló que no había infracción, pues Uber es un mero prestador (LSSI). Afirmó que la exposición de motivos de la Ley de ordenación de transportes terrestres (LOTT) y del Reglamento (ROTT) que pretenden liberalizar la restricción de intermediación a las agencias de viaje (solo para pasajeros) debe entenderse a efectos sancionadores como interpretable restrictivamente.

¹¹ Se trataba de un medio de defensa que ya había sido utilizado por los taxistas alemanes con cierto éxito (*Landgericht Frankfurt am Main 3. Zivilkammer 25.08.2014, Az. 2-03 O 329/14, <<http://tlmd.in/u/1510>> (Taxi-Dienst Uber verstößt gegen Wettbewerbsrecht).*

Sin embargo, la sentencia n.º 102/2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 13 de Barcelona, de 14 de abril, recaída en procedimiento de recurso abreviado n.º 10/16-F, inadmitió el mismo recurso, pues se centró en la infracción del artículo 140.1 de la LOTT y no del artículo 140.2 de la LOTT. Por su parte, entendió que Uber era una verdadera empresa de transporte, al concurrir los elementos del artículo 101 de la LOTT:

1. Se consideran transportes privados particulares los que cumplen conjuntamente los dos siguientes requisitos:

a) Estar dedicados a satisfacer las necesidades de desplazamiento de carácter personal o doméstico del titular del vehículo y sus allegados.

En ningún caso, salvo el supuesto de percepción de dietas o gastos de desplazamiento para su titular, el transporte particular puede dar lugar a remuneraciones dinerarias directas o indirectas.

b) Realizarse en vehículos cuyo número de plazas, o capacidad de carga, no exceda de los límites que reglamentariamente se establezcan.

El criterio de la CNMC fue el de entender que Uber no actuaba en contra de la Ley de Defensa de la Competencia. En el expediente sancionador, S/DC/0616/17, tramitado ante la consulta formulada por la Dirección General de Gestión y Vigilancia de la Circulación del Ayuntamiento de Madrid, la CNMC consideró que la oferta publicitaria de UberAirport, que anunciada transporte de Madrid al aeropuerto a mitad de precio no era venta a pérdida, pues Uber no tenía posición dominante en los servicios de taxi y VTC, ni se entendió demostrada una táctica predatoria¹². Era una práctica que utilizaban otros servicios de intermediación a través de *apps* diferentes a Uber (MyTaxi, Cabify) de mayor tamaño. Ni siquiera se entendió que fuera venta por debajo de precio, pues la prueba que se presentó fue la comparación con las tarifas de taxi. La CNMC no solo no sancionó a Uber, sino que afirmó que:

Debe indicarse que la dinámica competitiva que se está generando en la prestación de servicios de intermediación a través de *app* en la contratación de trayectos en taxi y VTC, de la que las promociones de Uber denunciadas son una muestra, proporciona un reflejo del aumento de la competencia en el sector, que está incrementando la eficiencia y permite satisfacer una creciente demanda de movilidad en el complejo entorno urbano. Todo ello, además, repercute en una mejora para el consumidor final, en forma de menores precios, creciente disponibilidad, mayor información y mejor servicio.

¹² «Si hubiese venta a pérdida, deberían concurrir determinadas condiciones para que la práctica pueda tener los tintes predatorios que determinan su deslealtad, a saber: la fortaleza de la posición de mercado del que organiza la venta a pérdida, su carácter sistemático y continuado, la falta de toda justificación competitiva objetiva (liquidación de existencias, venta de rebajas, lanzamiento de una nueva prestación, la respuesta a una acción de un competidor) y la expulsión literal del mercado de un competidor».

2.3. Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea: Uber es una empresa de transporte

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en dos sentencias sobre la cuestión planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, y sobre una cuestión similar¹³, planteada por el el Tribunal de Grande Instance (Tribunal de Primera Instancia) de Lille¹⁴.

Las sentencias C434/15, de 20 de diciembre de 2017 (Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber España [NCJ062856]), y C-320/16, de 10 de abril de 2018 (Uber Francia [NCJ063147]), fueron decisivas. Frente a opiniones de la comisaria europea de Competencia y de la Agenda Digital Neelie Kross (luego contratada por Uber), en la que señalaba que Uber y otras empresas con el mismo modelo de negocio deberían ser consideradas como meros prestadores de servicios de la sociedad de la información, para favorecer la innovación y estos nuevos modelos de negocio en la Unión Europea, la aproximación a la cuestión de los abogados generales fue precisamente la opuesta, al entender que Uber reunía las características propias de una empresa de transporte.

Las alegaciones de Uber se basaban en alegar su carácter meramente de plataforma tecnológica. Sin embargo, el Tribunal de Justicia concluyó en ambos casos que:

Un servicio de intermediación [...], que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», por lo que no puede considerarse como un mero servicio de la so-

¹³ La cuestión planteaba si debían considerarse un mero servicio de la sociedad de la información «la organización de un sistema de conexión de clientes y personas que lleven a cabo las prestaciones de transporte por carretera de personas efectuadas a título oneroso con vehículos de menos de diez plazas, sin ser ni empresas de transporte por carretera facultadas para prestar los servicios ocasionales, ni taxis, vehículos a motor de dos o tres ruedas o vehículos de transporte con conductor». Dicha actividad pasaba a ser objeto de sanción penal por la *Loi n.º 20141104 du 1.º octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur*.

¹⁴ Otra cuestión similar planteada por un tribunal belga no fue admitida a trámite por motivos formales. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 27 de octubre de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel - Bélgica*) - Uber Belgium BVBA/Taxi Radio Bruxellois NV (asunto C-526/15). En la cuestión se planteaba si la Ordenanza de la Región de Bruselas-Capital de 27 de abril de 1995, relativa a los servicios de taxi y a los servicios de alquiler de vehículos con conductor (*ordonnantie van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest van 27 april 1995 betreffende de taxidiensten en de diensten voor het verhuren van voertuigen met chauffeur*), podía aplicarse a los transportistas particulares no retribuidos que realizan un *ridesharing* (transporte compartido) aceptando solicitudes de transporte que les son ofrecidas por medio de una aplicación informática de las empresas Uber BV y otros, establecidas en otro Estado miembro, al ser equiparables a «servicio de taxi».

ciudad de la información. (Sentencia C434/15, de 20 de diciembre de 2017 [Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber España (NCJ062856)]).

En el mismo sentido, el tribunal entendió que:

Una norma nacional que sanciona penalmente el hecho de organizar un sistema de conexión de clientes y personas que realizan prestaciones de transporte por carretera de personas a título oneroso con vehículos de menos de diez plazas, sin disponer de habilitación a tal efecto, se refiere a un «servicio en el ámbito de los transportes», en cuanto se aplica a un servicio de intermediación prestado mediante una aplicación para teléfonos inteligentes y que forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es el servicio de transporte. (C-320/16, de 10 de abril de 2018 [Uber Francia (NCJ063147)]).

La motivación para considerar a Uber como una empresa de transporte, y no meramente un prestador de servicios de la sociedad de la información, fue que el servicio de intermediación prestado por Uber está

indisociablemente vinculado a la oferta de servicios de transporte urbano no colectivo creado por esta, habida cuenta, en primer lugar, del hecho de que esa sociedad proporcionaba una aplicación sin la cual esos conductores no habrían estado en condiciones de prestar servicios de transporte, y las personas que desean efectuar un desplazamiento urbano no habrían podido recurrir a los servicios de los citados conductores y, en segundo lugar, del hecho de que esa sociedad ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores, en particular estableciendo el precio máximo de la carrera, recibiendo este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y ejerciendo cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso podía entrañar la exclusión de estos. (Sentencia de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C434/15 (NCJ062856), apartados 38 y 39, y sentencia de 10 de abril de 2018, Uber France SAS, C-320/16 (NCJ063147), apartados 21 y 22).

De ello se deduce que no todas las plataformas tecnológicas intermediadoras en materia de transporte son empresas de transporte, pues algunas, como Bla Car, en las que no es la plataforma la que determina el precio, no tienen por qué ser consideradas como tales, al no reunir las mismas características que Uber. Sin embargo, Cabify sí lo es.

2.4. Uber como empresa de transporte en España. UberX

Una vez aclarado por el Tribunal de Luxemburgo que Uber es una empresa de transporte, Uber, que había mantenido vinculados a gran parte de sus conductores a través de su

servicio UberEats, lanzó en España un servicio que ya había tenido éxito en Estados Unidos, Colombia, México y, más importante, en Alemania.

Se trata de UberX, un servicio de transporte de pasajeros en el que Uber ofrece solo conductores contratados laboralmente por parte de empresas con licencias de VTC. Con ello, evita operar con conductores que carezcan de licencia, lo que supondría sanciones administrativas, e incluso penales, no solo para ellos, sino también para Uber, como empresa de transporte que es. Además, pretende evitar también el problema laboral, del que hablaremos después, ya que la relación de Uber con dichas empresas no podría considerarse en ningún caso como una cuestión laboral.

El alquiler de vehículos de turismo con conductor (VTC) era y es una actividad regulada por la LOTT y el ROTT. Difiere del servicio de taxi (regulado, por remisión de la LOTT, por normas autonómicas y ordenanzas municipales) en que la prestación del servicio solo se dará previa contratación. Se exige además que los vehículos estén en los garajes de la empresa, de tal manera que no puedan ir recogiendo clientes que los paren. En España, la empresa Cabify ya operaba con este tipo de licencias, o incluso con taxistas.

Sin tener en cuenta la limitación de licencias, la normativa de las VTC ofrecía ciertas ventajas: era normativa nacional, permitía el uso del vehículo en el territorio de toda una comunidad autónoma (a diferencia del taxi, que es por término municipal), e incluso el uso del vehículo de una comunidad autónoma a otra (lo que permitiría una mayor movilidad de la flota de los VTC de las empresas de Uber). Además, era una normativa con una laguna que podía ser aprovechadas por Uber: la solicitud del usuario a Uber a través de su móvil es un contrato, un *smart contract*, realizado previamente a la prestación del servicio, con un precio previamente pactado (y pagado por el pasajero), por lo que se encuadraba perfectamente a la norma de las VTC que, en aquel momento, no exigía ningún plazo de precontratación. Y, la ventaja principal: como servicio de transporte, las VTC requieren licencia, pero esta es mucho más barata que la del taxi.

A estas ventajas de las licencias VTC frente a las del taxi, se añadió que la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideró, de manera muy reiterada, válidas las licencias VTC solicitadas a partir de la entrada en vigor de las leyes ómnibus, Ley 17/2009 (que excluyó de su ámbito los transportes) y, en especial, el artículo 21 de la Ley 25/2009, a la versión entonces vigente de la LOTT y sus normas de desarrollo, ampliando el ámbito de liberalización que imponía la Directiva 2006/123/CE. Derogación que implicaba la nulidad de toda la normativa de desarrollo que imponía límites cuantitativos al otorgamiento de licencias VTC. Este gran número de sentencias consideran que:

El hecho de que la Administración pueda programar o planificar la evolución y desarrollo de los distintos tipos de transportes terrestres, a fin de facilitar el desarrollo equilibrado y armónico del sistema de transportes, tampoco le autoriza de suyo a imponer restricciones cuantitativas para una actividad específica (el alqui-

ler de vehículos con conductor) como las que son objeto de litigio, una vez que la propia Ley 16/1987 considera, en su nueva redacción, que la prestación de aquel servicio empresarial es libre y solo queda sometida a las pautas aplicables a los transportes discrecionales de viajeros¹⁵.

Según esa jurisprudencia, dicha finalidad solo podía conseguirse estableciendo dichos criterios limitativos por una nueva reforma de la LOTT, lo que ocurrió con la Ley 9/2013, de 4 de julio, que modificó su artículo 48, permitiendo nuevamente las limitaciones cuantitativas de las licencias.

La conclusión es que, el gran número de licencias VTC solicitadas entre la entrada en vigor de la Ley 17/2009 y la Ley 9/2013 iban a ser autorizadas por sentencias judiciales (como así está ocurriendo), que podrían ser usadas por Uber (adquiriéndolas o contratando con sus titulares).

Para frenar la avalancha, la Ley 9/2013, de 4 de julio, estableció la limitación (con excepciones) de la transmisibilidad de las licencias VTC y la posibilidad de que la limitación pudiera realizarse a nivel autonómico o local (arts. 48 y 49 LOTT). Por su parte, el ROTT fue reformado por Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, que, en su artículo 181.3 restableció la proporción de una VTC por cada 30 licencias de taxi, existente antes de la entrada en vigor de la Ley 17/2009.

Además, el Real Decreto 1076/2017, de 29 de diciembre, estableció normas complementarias al ROTT, en relación con la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, limitando su transmisibilidad a dos años en su artículo 1¹⁶, y obligándoles, en su artículo 2¹⁷, a comunicar electrónicamente a la Dirección General de

¹⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de enero de 2016, n.º de recurso 134/2014, ponente María Isabel Perelló Doménech, que cita muchas otras, entre ellas, las STS de 14 de febrero de 2012 (RO. 427/2010), de 27 de enero de 2014 (RC. 5892/2011), de 30 de enero de 2014 (recursos de casación 110/2012 y 4163/2012), de 7 de febrero de 2014 (RC. 2115/2012), de 5 de mayo de 2014 (RC. 1438/2012 y 3309/2014) y de 17 de noviembre de 2014 (RC. 3802/2011).

¹⁶ El artículo 1 ha sido derogado por la STS (Sala de lo Contencioso) n.º 349/2020, de 10 de marzo (NCJ064664), ponente Diego Córdoba Castroverde, por ser contrario a la Ley de Garantía de Unidad del Mercado, pues se justificaba en evitar la transmisión de licencias con fines especulativos, que, según el Tribunal Supremo, no impiden la prestación adecuada del servicio.

¹⁷ El artículo 2 ha sido derogado por la STS (Sala de lo Contencioso) n.º 349/2020, de 10 de marzo (NCJ064664), ponente Diego Córdoba Castroverde, porque la comunicación de los datos del servicio no solo incluía los propios de la «hoja de ruta», sino también los datos personales de los usuarios, por lo que el Tribunal Supremo entendió que dicha medida era desproporcionada por irrelevante para los fines que persigue la norma, además de considerarla contraria a la normativa de protección de datos personales.

Transporte Terrestre los datos reseñados en el artículo 24 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, antes del inicio de cada servicio que realicen al amparo de autorizaciones VTC¹⁸.

En este contexto, las sentencias C434/15, de 20 de diciembre de 2017 (Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber España), y C-320/16, de 10 de abril de 2018 (Uber Francia), supusieron un incremento de presión de Uber y Cabify sobre los reguladores, pues quedaba ya claro que necesitaban las licencias VTC. Ello implicó presiones desde ciertas comunidades autónomas que lograron cambios normativos: el Real Decreto-Ley 3/2018, de 20 de abril, derogó el artículo 181.3 del ROTT, aunque dio nueva redacción al artículo 48.3 de la LOTT, consagrando la relación de 1 VTC por cada 30 licencias de taxi, aunque permitía que las comunidades autónomas con competencias en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor pudieran modificar dicho ratio, siempre que no fuera más restrictivo.

Como ya había ocurrido en un gran número de ciudades y países (Colombia, Francia) la entrada de UberX en Madrid y Barcelona generó graves incidentes entre taxistas y conductores de Uber, y dos grandes huelgas que paralizaron Barcelona y Madrid durante varios días.

La reacción del Gobierno fue la publicación del Real Decreto-Ley 13/2018, de 28 de septiembre, que mantuvo el artículo 48.3 de la LOTT, pero modificó el artículo 91, limitando el ámbito territorial de operación de las VTC al transporte interurbano:

1. [...] las autorizaciones de transporte de viajeros en vehículos de turismo y las de arrendamiento de vehículos con conductor, que habilitarán exclusivamente para realizar transporte interurbano de viajeros. A estos efectos, se considerará que un transporte es interurbano cuando su recorrido rebase el territorio de un único término municipal o zona de prestación conjunta de servicios de transporte público urbano así definida por el órgano competente para ello.

Aunque permitiendo cierta flexibilidad en la limitación autonómica del servicio:

2. Los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor deberán iniciarse en el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la correspondiente autorización. A tal efecto, se entenderá que el origen o inicio del transporte se produce en el lugar en que son recogidos los pasajeros de forma efectiva.

Se establecen las siguientes salvedades a esa obligación de inicio en la comunidad autónoma:

¹⁸ La comunicación a dicho registro se hizo obligatoria a partir del 1 de abril de 2019, fecha de entrada en vigor de la Resolución de 15 de marzo de 2019, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se anuncia la entrada en funcionamiento del Registro de Comunicaciones de los Servicios de Arrendamiento de Vehículos con Conductor y sus condiciones de uso. Dicha disposición carece actualmente de eficacia, dada la anulación del artículo 2 del Real Decreto 1076/2017, que suponía su base legal.

1.º Para los servicios de recogida de viajeros en puertos y aeropuertos que hayan sido previa y expresamente contratados, que podrán ser prestados al amparo de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor domiciliadas en comunidades autónomas distintas a aquella en que se ubica el puerto o aeropuerto, siempre que el destino de tales servicios se encuentre en el territorio de la comunidad autónoma en que esté domiciliada la autorización.

2.º Para los casos en que las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor domiciliadas en una comunidad autónoma no basten para atender un aumento coyuntural de la demanda de esta clase de servicios en su territorio. A tal efecto, el órgano competente en materia de transporte interurbano podrá establecer, previo informe de los municipios afectados, un régimen específico que permita a los vehículos amparados en autorizaciones de arrendamiento con conductor domiciliadas en otras comunidades autónomas realizar temporalmente servicios con origen en todo su territorio o en determinados puntos de este.

Especialmente importante es su disposición transitoria, que establece un régimen transitorio de uso de las ya concedidas para evitar indemnizaciones. En él, se permite expresamente el transporte urbano a las VTC concedidas durante un periodo de 4 años (hasta el 28 de septiembre de 2022), se flexibiliza aún más la limitación autonómica del servicio y se establecen criterios indemnizatorios para los titulares de las licencias VTC a los que se refiere.

Además, en su disposición adicional primera, delegó en las comunidades autónomas competentes, o, en su caso, en los ayuntamientos, la regulación de normas sobre VTC del artículo 182.1 del ROTT en lo referente a: precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas del vehículo. Con ello, trasladó la presión a dichas comunidades autónomas y ayuntamientos que, de manera diversa, procedieron a ir aprobando dicha normativa.

2.5. La actual regulación de las VTC

Generalmente dichas normas han sido restrictivas para Uber: Barcelona, Cataluña, Baleares. Aunque otras, como la de Madrid, o la de Andalucía, permiten un amplio margen de actuación a Uber.

El Decreto-Ley 4/2019, de 29 de enero, de la Generalitat de Catalunya, sobre medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor fue la primera normativa autonómica que trató la cuestión, siguiendo un criterio restrictivo, aunque dando margen a los ayuntamientos. La ordenanza reguladora del Ayuntamiento de Barcelona se centró en dos puntos fundamentales de diferenciación del servicio público

de taxi y de las VTC: la precontratación y la deambulación. Finalmente aprobó una precontratación de 15 minutos y prohibió la deambulación si no existe contrato previo.

Estos mismos criterios fueron seguidos en Baleares, el Decreto-Ley 1/2019, de 22 de febrero:

- Necesaria contratación con antelación a la prestación del servicio, acreditada por la aplicación si se realizó telemáticamente. Antelación de 30 minutos. Dicho plazo puede ser reducido hasta 15 minutos por los consejos insulares y los ayuntamientos con competencia en materia de transporte urbano (DA 2.^a).
- Prohibición de la captación de clientes fuera de las oficinas o locales de la empresa (art. 64.3), lo que incluye la prohibición de circular por las vías públicas «para buscar clientes y la de propiciar la captación de personas viajeras que no hayan contratado previamente el servicio ni permanecer estacionados para captarlos».
- Identificación de los vehículos VTC.

Dichas normas desarrollan la LOTT a nivel autonómico y local, y se han visto afectadas de manera indirecta por la STS (Sala de lo Contencioso) n.º 349/2020, de 10 de marzo, derogatoria del Real Decreto 1076/2017. La derogación de su artículo 2 ha supuesto que desaparezca el registro electrónico de cada uno de los servicios, por lo que el control de la deambulación de los conductores de Uber y el de la precontratación se ha vuelto casi imposible. Pero la justificación de la nulidad, basada exclusivamente en la inclusión de los datos de los usuarios como un dato impertinente, permite a las autoridades administrativas modificar las respectivas normas reglamentarias para que el registro telemático cumpla con la normativa de protección de datos y registre datos pertinentes. Ello se conseguiría eliminando la necesidad de registrar los datos de los usuarios, o mejor, seudonimizando sus datos. La finalidad del registro, amparada en el interés público por conocer los datos de movilidad, se conseguiría, y se preservaría la protección de datos personales.

En efecto, los datos solicitados por el registro telemático son datos imprescindibles para una toma de decisiones sobre la política de movilidad urbana e interurbana, de claro interés público. Por otra parte, no se trata de una exigencia desproporcionada, desde el momento en que son datos de los que ya disponen las empresas de VTC y, concretamente Uber. De hecho, los monetiza. Por otra parte, los datos de los usuarios también son conocidos por Uber, que, en cumplimiento de las normas de protección de datos personales, debe seudonimizar. En este sentido, las autoridades administrativas competentes también deben poder llevar registros de esos mismos datos seudonimizados, con lo que no incumplirían las normas de protección de datos personales. Concretamente, el artículo 89 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), permite el tratamiento de dichos datos si existe un interés público, que «podrán incluir la seudonimización».

2.6. La defensa de Uber para evitar las licencias de VTC

La defensa de las VTC frente a las disposiciones restrictivas de ciertas comunidades autónomas ha sido dejar de prestar servicios, como ha hecho Uber (Benvenuty y Florio, 31 de octubre de 2019), o recurrir las sanciones impuestas como consecuencia de dicha normativa, como ha hecho Cabify. Las sanciones son principalmente por tener vehículos que no estaban dados de alta en el registro electrónico de VTC, por no cumplir los 15 minutos de precontratación de sus servicios o por captar clientes mientras circulan por la ciudad, cuando deberían volver a la base (Rodríguez, 8 de enero de 2020). Aunque no tenemos acceso a dichos recursos, es previsible que puedan desembocar en la nulidad de las sanciones impuestas. El no haber dado de alta en el registro electrónico a los vehículos, por haber sido anulado dicho registro por la STS (Sala de lo Contencioso) n.º 349/2020, de 10 de marzo. El captar clientes mientras circulan por la ciudad, por basarse en los datos del registro anulado, por lo que la prueba será nula y, con ello, la sanción. Y el no cumplir con los 15 minutos de precontratación, por la nulidad de la prueba basada en el registro y, además, porque podría interpretarse que la contratación ya se ha realizado cuando se baja la aplicación y se solicita el primer servicio. Se trataría de un contrato marco, con ejecuciones singulares, que son cada una de las solicitudes, por lo que bastaría con cumplir los 15 minutos de precontratación en la primera solicitud de servicio. En todo caso, la ventaja competitiva que ha obtenido Cabify con su estrategia legal seguramente le habrá compensado.

3. Algunos posibles incumplimientos de las normas sobre competencia

El éxito del modelo de Uber se basa en su política de precios.

Por un lado, dicha política pasa por reducir los costes al máximo (los laborales, los de protección de los usuarios, los regulatorios, los fiscales), aprovechar economías de escala (para lo que necesita un gran número de conductores) y competir en precios contra el sector del taxi y contra otras plataformas similares, como Cabify en España, o Lyft en Estados Unidos. Su éxito radica en entrar con fuerza en un mercado, intentando eliminar las barreras regulatorias (principalmente del sector del taxi), incumpliendo directamente las normas sobre transporte urbano de personas (lo que es un acto de competencia desleal previsto en el art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal)¹⁹, y prestando sus

¹⁹ Leñena Mendizábal (2015) defiende que «las plataformas que comercializan servicios de transporte a cambio de una contraprestación (Uber, Uberpop, Lyft) conculcarían la normativa de la actividad concursal, dado que no responden a las exigencias que los poderes públicos han impuesto para el desarrollo de la actividad en un sector regulado como es el del transporte de viajeros en vehículo turismo o taxi, siendo susceptible de ser calificada de práctica desleal (art. 15.2 LCD)». En contra, SJM, Sección 12.ª, n.º 159/2017, de 13 de junio, ponente Carlos Nieto Delgado.

servicios a pérdida, para eliminar la competencia la de otras plataformas similares, como Cabify en España o Lyft en Estados Unidos.

Desde su inicio, Uber ha generado miles de millones en pérdidas, y, a pesar de haber acumulado más de 60.000 millones de USD de capitalización, sigue operando a pérdida en la mayor parte de las ciudades donde actúa, hasta que consigue eliminar la competencia.

La eliminación de la competencia incluye actos de competencia desleal, como la contratación de conductores que operan para la competencia, con promesas de mayores ingresos, a cambio de exclusividad, con lo que consigue que la falta de conductores en los competidores implique mayores retrasos, o la solicitud de servicios a la competencia, que después anula.

Eliminada la competencia, incrementa precios a los usuarios, mediante una política de *surge pricing*, en eventos puntuales en los que la demanda de los servicios de transporte se incrementa (por ejemplo, porque no haya taxis suficientes disponibles), o bien mediante *dynamic pricing*, o precio personalizado, basado en los datos que posee del cliente, y rebaja el coste de los conductores (incrementando la «comisión» que Uber le cobra por sus servicios de utilización de la plataforma)²⁰.

3.1. Venta a pérdida por parte de Uber

Sobre la venta a pérdida podemos destacar que es sancionable en tanto que forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado (art. 17.c LCD). Para ello, quien la alega debe acreditar que: la venta lo es por debajo de coste, en atención al servicio que se esté prestando la empresa, lo que exige un análisis de los costes variables y totales de sus productos o servicios; que la empresa que lleva a cabo la conducta presente cierta fortaleza de la posición en el mercado de que se trate; y que la práctica se inserte en una estrategia de carácter sistemático y continuado y, eventualmente, combinado con otras medidas igualmente orientadas a expulsar o alejar del mercado a los competidores existentes o potenciales²¹. Las dos últimas conductas pa-

²⁰ Todas estas medidas están descritas en la demanda de Sidecar, reflejada en el caso *SC Innovations, Inc. v. Uber Technologies, Inc. et al. U.S. District Court. Northern District of California*. Case No. 18-cv-07440-JCS, January 21, 2020. El caso está en curso, por lo que todavía no se ha pronunciado sobre si todos estos actos suponen una actuación contraria a la competencia conforme al artículo 2 de la Sherman Act.

²¹ SAP de Barcelona (Sección 15.ª) n.º 956/2019, de 21 de mayo, ponente Marta Cervera Martínez (ECLI: ES:APB:2019:5443). En ella se indica que MyTaxi no realiza una competencia desleal por ofrecer servicios de taxi al 50 %, por ser estas ofertas puntuales de lanzamiento, pagar a los taxistas el importe íntegro del precio de la carrera (cobrando una pequeñísima comisión solo si quieren que el pago se tramite vía MyTaxi) y acreditando que la empresa ha tenido beneficios. En todo caso, las características del servicio de MyTaxi no son las mismas de Uber, por lo que entiende que MyTaxi es una mera interme-

recen darse en el caso de Uber, si tenemos en cuenta los hechos hasta ahora acontecidos, no solo en España, sino también en otros países. En especial, en Estados Unidos. En todos ellos se ven las mismas formas de actuar y, en Estados Unidos, los posibles resultados anticompetitivos a los que ha llevado Uber²².

Precisamente en Estados Unidos una parte de las alegaciones contra Uber por competencia desleal por venta a pérdida ha sido desestimada. El argumento era que iba contra la normativa sobre competencia desleal, por estar los precios por debajo del precio de coste del servicio²³. Y concretamente, por estar por debajo de los precios del servicio de taxi. Servicio con un precio establecido por la autoridad administrativa (California Public Utilities Commission). El sometimiento de la actividad a esta autoridad implica una excepción a la aplicación de la normativa sobre competencia desleal en cuestión de precios, puesto que dicha autoridad tiene la potestad de imponer dichos precios a empresas públicas o privadas²⁴. El que no haya impuesto unos precios a Uber no hace ineficaz dicha excepción, por lo que Uber puede establecer los precios que considere, mientras dicha autoridad, en el ejercicio de su potestad, no le imponga otros²⁵. Este criterio no se ha planteado en ninguna ocasión en España, aunque podría tener cabida considerando el encabezamiento del artículo 17.1 de la LCD: «Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre», siendo en España no libre la fijación del precio del taxi. Con todo, creemos que otra sería la interpretación en España, pues sí existe libertad de precios en las VTC, por lo que se sometería plenamente al supuesto del artículo 17 c) de la LCD en caso de venta a pérdida. Y debemos recordar que, para la determinación de si existe o no venta a pérdida no es suficiente con probar que el precio del trayecto de un conductor de Uber es inferior al del equivalente en taxi²⁶.

3.2. Imposición de precio por parte de Uber a los conductores

Una de las características del modelo de servicio de Uber es que es Uber quien determina, por medio de un algoritmo, el precio del servicio. Ello no ofrecería problema concurrencial alguno si los conductores de Uber fueran considerados trabajadores o agentes de Uber.

diaria, no una empresa de transporte, por lo que no se le puede obligar a facturar los precios de carrera estipulados como obligatorios para los taxistas.

²² Afirimo que los resultados son posiblemente anticompetitivos, teniendo en cuenta que el caso *SC Innovations, Inc. v. Uber Technologies, Inc. et al.* está sin resolver.

²³ Unfair Practices Act's (Business and Professions Code § 17043) y la Unfair Competition Law (§ 17200 et seq.).

²⁴ Section 1759. Public Utilities Code.

²⁵ *In re Uber Technologies Pricing Cases*, Court of Appeals of California, First District, Division One. A154694. March, 23, 2020.

²⁶ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Expt. S/DC/0616/17, UBER. 4 de octubre de 2018.

Sin embargo, Uber califica su actividad como una mera intermediación entre los conductores y los usuarios. En un mercado de libre competencia, deberían ser conductores y usuarios quienes pactaran sus precios por servicio. Pero los conductores, cuando firman el contrato con Uber, se comprometen a que Uber les determine el precio (incluso se sujeten a las promociones de Uber) y les gestione el cobro²⁷. Ello supone una restricción vertical de la competencia, por imposición de precios, sancionable cuando Uber supere el 30 % de la cuota de mercado relevante (arts. 3 y 4.a Reglamento [UE] n.º 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas).

La cuestión relevante es qué debemos entender por mercado relevante. Si este es el de los conductores VTC y las plataformas digitales que prestan un servicio similar a Uber o Cabify, no hay duda de que existirá una restricción vertical de la competencia, puesto que Uber es claramente el mayor operador del sector en España.

Si el mercado relevante es el del transporte urbano e interurbano de viajeros por carretera con vehículo de turismo, como parece entender la CNMC²⁸, y así perciben los taxistas y los usuarios del transporte urbano en vehículo de turismo, entonces Uber apenas podrá realizar dicha determinación del precio en España sin incurrir en restricción vertical anticompetitiva. Si tomamos como criterio orientador el ratio de las licencias VTC con el conjunto de licencias de taxi y VTC observamos que únicamente en las provincias de Guadalajara, Madrid, Segovia, La Rioja, Álava y Málaga las VTC superan el 30 %, no llegando Uber en caso alguno a cubrir más del 30 % de licencias VTC y taxi por provincia²⁹. Otra cuestión es cómo se repartan dichas licencias por término municipal, que, entiendo, debería ser el criterio territorial para determinar el mercado relevante, ya que las licencias de taxi se otorgan por los ayuntamientos.

3.3. *Dynamic pricing*

La ausencia de taxímetros homologados la suple Uber por un sistema algorítmico de determinación de precios antes de la prestación del servicio, de tal manera que el usuario sabe de antemano lo que le va a costar el viaje. Por el contrario, la determinación del precio de los taxis, al establecerse según criterios de recorrido, franja horaria y tiempo del servicio, no puede conocerse con exactitud (salvo excepciones, como los traslados a aeropuertos,

²⁷ Condiciones Generales de Uber BV para España. <<https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-terms-of-use&country=spain&lang=es-es>>.

²⁸ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *Informe económico sobre las restricciones a la competencia incluidas en el Real Decreto 1057/2015 y en la Orden FOM/2799/2015, en materia de vehículos de alquiler con conductor – UM/085/15 y acumulados*.

²⁹ Ministerio de Fomento. Empresas Transportistas de Viajeros. Transporte de Viajeros. Turismos. Ministerio de Fomento. Distribución de autorizaciones por provincia y clase. 2 de enero de 2020.

que tiene precio fijo), aunque se conozcan de antemano las tarifas por distancia y franja horaria de antemano, al haberlas fijado la Administración.

El precio determinado por Uber es un precio dinámico, que depende no solo del lugar de inicio y final del recorrido, de la distancia, de la franja horaria, etc. También depende de la demanda de los usuarios. Al ser un precio dinámico, y depender de un algoritmo protegido por las normas de propiedad intelectual, la Administración no tiene acceso a él, y no puede controlarlo, a diferencia del precio del taxi. Aunque, siendo el servicio que prestan los conductores de Uber (o de las empresas contratadas por Uber) un servicio de VTC, la Administración no tiene por qué intervenir, al existir libertad de precios (salvo en los supuestos de venta a pérdida).

La consecuencia del precio dinámico es el *surge pricing*, o subida desproporcionada de precios cuando el incremento de la demanda es muy notable, dada la limitada oferta de conductores de Uber. Situaciones que se han dado en huelgas de taxistas, o incrementos de demanda por catástrofes naturales (huracán en Nueva York) o por situaciones de alarma (terrorismo de Bataclan en París), en los que los taxistas tuvieron una tarifa tasada, y no pudieron atender toda la demanda, incrementando Uber notablemente los precios. No obstante, dado que estos incrementos dependen de la oferta y la demanda, no parece que sean contrarios a las normas de defensa de la competencia³⁰, salvo en los casos que puedan considerarse consecuencia de un abuso de posición dominante de Uber (que no tiene tal posición dominante en el mercado español), o que, por medio de los algoritmos respectivos de Uber y otras compañías competidoras³¹, como Cabify en España, realicen conductas colusorias³². Es más, el uso del mismo algoritmo por las empresas competidoras, sea o no de un tercero, sí se puede equiparar a la fijación de precios por competidores, conducta explícitamente colusoria, contraria al artículo 1.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

3.4. *Personalized pricing*

Otro factor determinante en el precio establecido por Uber se deriva del manejo de los datos personales de los usuarios, de tal manera que la detección por parte del algoritmo de una solicitud diaria de un determinado servicio, por parte de un usuario con coincidencia de origen y destino, determina un incremento del precio personalizado (normalmente más caro), que no se aplicaría a otro usuario en un mismo trayecto.

³⁰ Algunos autores empiezan a defender que el *dynamic pricing* sí es contrario a las normas de defensa de la competencia en un mercado digital. (Woodcock, 2018).

³¹ La determinación del precio mediante algoritmos puede dar lugar a actos tácitamente colusorios por la reacción automática que generan los cambios de un algoritmo en los demás. Y ello puede ocurrir sin que la empresa que usa el algoritmo sea consciente de ello (Ezrachi y Stucke, 2016).

³² Como las que han dado lugar al expediente incoado el 13 de febrero de 2020, de oficio, por la CNMC a Idealista, SA y otras. CNMC. Expediente S/0003/20: Proptech.

El *personalized pricing* puede implicar un incumplimiento de la normativa de protección de datos, si Uber no ha obtenido previamente el consentimiento, correctamente formado (informándole de que sus datos pueden ser empleados para ofrecerle precios especiales, que pueden ser superiores), del usuario, o, en su defecto, si no ha realizado previamente la seudonimización de los datos personales.

El *personalized pricing*, además puede ser contrario a la libre competencia en aquellos mercados en los que Uber tenga una posición dominante, al poderse entender como un abuso de dicha posición³³, contrario al artículo 2.2 a) y d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y perjudicial, en última instancia, para los consumidores.

4. Conflictos entre Uber y los conductores

La cuestión es que el modelo de negocio implica ahorrarse las caras licencias de taxi (lo que está consiguiendo, pues las VTC son mucho más baratas), eludiendo el pago de tributos en los países donde opera, y eludiendo las normas laborales de protección de los conductores que, en ningún caso, considera como trabajadores.

Sin embargo, existen elementos en su relación con los conductores que manifiestan que la relación de los conductores con Uber sí puede ser una relación laboral, o al menos así parecen opinar los órganos de inspección laboral de varios países, entre los que está España.

Si bien Uber alega que es un mero prestador de servicios de la información, su actuación y exigencias a los conductores o, al menos, a algunos de los conductores dados de alta en la plataforma, puede ser una relación laboral, por la falta de ajenidad de la relación entre los conductores y Uber, ya que:

- Uber es quien determina el precio del trayecto y gestiona los pagos.
- Uber es quien se encarga de gestionar el contrato con el pasajero.
- Uber es quien determina los conductores más cercanos al usuario, incluso asigna con qué conductor va a contratar este.
- Si bien el conductor es el propietario (o el titular) del vehículo, quien paga sus impuestos, quien debe tener el carnet de conducir y el permiso de circulación en regla, Uber señala las características que debe tener dicho vehículo y su *trade dress*.

³³ Organisation for Economic Co-Operation and Development. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. *Personalised Pricing in the Digital Era*. DAF/COMP(2018)13. 28 November 2018. Punto 64 y siguientes.

- Uber es quien entrega al conductor un geolocalizador (ahora consiste en una aplicación que debe bajar a su móvil), imprescindible para que este pueda realizar sus trabajos para Uber.
- Uber es quien cobra el precio, del que se deduce su comisión. Hasta hace muy poco, Uber no permitía el pago en efectivo de los usuarios, ni el cobro de propinas por los conductores. Hoy lo permite solo en algunos países (propina en la India, efectivo en algunos africanos). Por otra parte, el hecho de que el conductor pueda recibir propinas, no implica que su relación con Uber deje de ser laboral.
- Aunque Uber no organiza horarios, sí exige un número mínimo de horas, o unos objetivos concretos que implican la realización de un número de horas, frecuentemente abusivas. Objetivos que, si no se cumplen, pueden dar lugar a que Uber no vuelva a casar dicho conductor con ninguno de sus usuarios. Este elemento es crucial para el negocio de Uber, puesto que la clave para prestar un servicio rápido es tener un gran número de conductores disponibles.
- Además, Uber exige que sus conductores asistan a cursos de formación, donde, entre otras cosas, se les instruye para que sigan ciertas directrices de la empresa.
- Uber ha defendido a los conductores de UberPop objeto de sanción, o ha pagado sus sanciones.

La cuestión ha sido abordada por los tribunales de varios Estados con diferentes resultados: en Francia³⁴ y Reino Unido³⁵ han dado la razón a los conductores, calificándolos como empleados, reconociéndoles sus derechos laborales en materia de seguros e indemnización por despido.

En Brasil se han calificado como empresarios autónomos³⁶.

En Estados Unidos, Uber incluyó cláusulas de arbitraje para evitar acciones colectivas y garantizar la confidencialidad de resultados contrarios³⁷, si bien dos sentencias apoyaron la posición de Uber al considerar que los conductores de Uber eran empresarios autóno-

³⁴ Cour de Cassation, Chambre Sociale, ECLI:FR:CCAS:2020:SO00374, *Uber France, société par actions simplifiée unipersonnelle et autre(s) v. M. A. X.*, Arrêt n.º 374 du 4 mars 2020 (19-13.316).

³⁵ *Uber B.V. («UBV») & Ors v. Aslam & Ors [2018] EWCA Civ 2748* (19 December 2018). Consideró esencial para justificar la laboralidad de la relación que Uber necesitara un gran número de conductores en diferentes horarios para que su modelo de negocio pudiera funcionar.

³⁶ Tribunal Superior do Trabalho (TST), *Marcio Vieira Jacob v. Uber do Brasil Tecnologia Ltda.*, RR – 1000123-89.2017.5.02.0038, publicada el 7 de febrero de 2020.

³⁷ Para evitar acciones colectivas, Uber ha incluido cláusulas de arbitraje en las condiciones generales de sus contratos, que han sido consideradas válidas. *Capriole v. Uber Technologies, Inc.* (1:19-cv-11941). District Court, D. Massachusetts. May 3, 2020.

mos³⁸. Aunque en California, estado sede de Uber, se aprobó la Assembly Bill n. 5³⁹, que incluyó un test de tres criterios cumulativos para calificar a un conductor de Uber como empresario autónomo, que difícilmente se cumplen en el caso de los conductores de Uber.

En España, esta cuestión está siendo analizada por la Inspección de Trabajo, que ya ha levantado actas con propuestas de sanción, al considerar a los conductores como «falsos autónomos» y, en consecuencia, la laboralidad de la relación. En casos similares, la jurisprudencia ha calificado dicha relación como laboral⁴⁰.

Por otra parte, aunque en España no se calificaran como laborales las relaciones de los conductores con Uber, los conductores gozan de determinados derechos laborales (vacaciones, etc.) en el caso de que más del 70 % de sus ingresos procedieran de Uber, pues se les aplicaría el régimen de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) (art. 11 y ss. de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo).

Uber, frente al riesgo de que fuera calificada como empresa de transporte (como así ocurrió), y su relación con los conductores como relación laboral o de TRADE, dio de baja su servicio UberPop en muchos países. En dichos países se extendió otro modelo de negocio de Uber, UberX, que esencialmente es similar al de UberPop, pero en el que solo ofrece a los pasajeros conductores con licencias de taxi o de VTC, o, en especial, para evitar la laboralidad, conductores que han sido contratados por empresas de transporte con licencias de VTC.

5. La necesidad de una norma específica reguladora de las compañías de transporte en red

Aunque la calificación de Uber como empresa de transporte es irrefutable, ello no ha impedido a Uber prestar un servicio que entra en competencia con el taxi. En primer lugar, evitando posibles sanciones laborales mediante la contratación con empresas con licencias VTC, que sí tienen conductores contratados como trabajadores. En segundo lugar, aprovechando los resquicios normativos de las disposiciones autonómicas y municipales.

³⁸ *Ali Razak, Kenan Sabani and Khaldoun Cherdoud v. Uber Technologies Inc.* United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Civil Action n. 16-573, 11 April 2018. *Darrin E. McGillis v. Uber*, Third District Court of Appeal of State of Florida, N. 3D15-2758, Lower Tribunal N. 0026283468-02, 1 February 2017.

³⁹ AB5 o «Gig Worker Bill», publicada oficialmente 19 de septiembre de 2019. «An act to amend Section 3351 of, and to add Section 2750.3 to, the Labor Code, and to amend Sections 606.5 and 621 of the Unemployment Insurance Code, relating to employment, and making an appropriation therefor».

⁴⁰ STSJ de Asturias (Sala de lo Social), n.º 1818/2019, de 25 de julio, ponente Jesús María Martín Morillo, ECLI: ES:TSJAS:2019:1607.

Tal vez sería más realista aceptar que Uber y otras plataformas puedan prestar servicios de transporte, solucionando los problemas que ello implica.

Este criterio ha sido seguido por la California Public Utilities Commission, calificando a dichas empresas como un tipo específico de empresas de transporte, las compañías de transporte en red (*transport network companies*, o TNC), que han sido objeto de regulación específica en los estados de California⁴¹ o Massachussets⁴², así como en municipios como Portland (Oregón) o Ciudad de México. Son regulaciones similares a las realizadas en España, mediante la reforma del régimen de VTC, aunque con algunas diferencias. Así, atienden a cuestiones específicas que van más allá, en las que se regulan específicamente cuestiones como:

- Que una parte del precio vaya a un fondo para pagar los costes de las mejoras de la carretera y posibles amortizaciones parciales de las licencias de taxi.
- Que el *trade dressing* de los coches esté expuesto a los usuarios, y que sea removible de tal manera que un mismo conductor pueda trabajar para más de una plataforma, y que, cuando deje de trabajar para ella, deje de usar los distintivos y los devuelva a la TNC.
- Que los conductores de TNC solo puedan contratar vía TNC y que los taxis no puedan contratar vía TNC.
- Nulidad de las cláusulas de arbitraje laboral, laboralidad que no se presume, límite horario...
- Que la TNC comunique claramente las subidas de los precios en casos de alta demanda, para que el conductor pueda participar de dichas ganancias.
- Prohibir el incremento de precios en casos de declaración de estado de alarma.
- Enviar a los usuarios la identificación del conductor (matrícula del vehículo, nombre y foto del conductor).
- Licencias de validez anual, renovables.
- Contratación de seguros especiales por la TNC, cuyas coberturas deben comunicar al conductor que vaya a contratar con la TNC, pues muchos seguros de los conductores no cubrirán siniestros mientras estén de servicio para la TNC.
- La necesidad de presentar el certificado de antecedentes penales.

⁴¹ <<https://www.cpuc.ca.gov/tncinfo/>>

⁴² The General Laws of the Commonwealth of Massachusetts. Part 1. Title XXII. Chapter 159A1/2. Transportation network companies.

- Que exista un registro de las quejas de los usuarios y un sistema interno de resolución de dichos conflictos. Lo cual es compatible con el sistema de valoraciones de los usuarios a los conductores, aunque también de los conductores a los usuarios.

Una normativa específica sobre las compañías de transporte en red debería tener en cuenta, además, que la TNC, dado el número de vehículos disponible, tenga un mínimo de vehículos para discapacitados, el impacto sobre el medio ambiente del modelo y las repercusiones del uso de vehículos autónomos.

6. Conclusiones

La irrupción de las compañías de transporte en red en el transporte urbano e interurbano, y en especial el carácter disruptivo de la entrada de Uber en ciudades de todo el mundo, ha puesto de manifiesto la inadecuación de la normativa que lo regula.

En España, los tribunales han puesto de manifiesto estas inadecuaciones al resolver los conflictos surgidos entre Uber y Cabify, el sector de las VTC y el sector del taxi.

Una vez el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que Uber era una compañía de transporte, el legislador optó por asimilarla a las VTC, en vez de crear una normativa específica.

Dada la inadecuación de la normativa de las VTC y la falta de previsión del problema de la multiplicación de licencias de VTC, el legislador tuvo que modificar la LOTT y su normativa de desarrollo para dar soluciones *ad hoc* que no han superado el control jurisdiccional.

En aras de la seguridad jurídica es conveniente una regulación específica que regule las TNC, y solvente problemas regulatorios todavía no planteados, pero que generarán conflictos.

Algunos de ellos son concurrenciales, relacionados con los precios posiblemente predatorios de Uber, y su política de precios dinámicos y precios personalizados, sobre lo que el legislador previsor debería establecer criterios claros.

Otros conflictos son laborales, sobre los cuales la normativa actual sí parece dar respuesta, con la figura del TRADE y una amplia jurisprudencia sobre los criterios de laboralidad.

En todo caso, tal y como podemos apreciar en otros países que han regulado las TNC, existen muchas otras cuestiones que no están claramente resueltas, sobre las que una normativa específica sería más que aconsejable.



Referencias bibliográficas

Benvenuty, L. y Florio, L. F. (31 de octubre de 2019). Uber y Cabify se van de Barcelona: dejarán de dar servicio este viernes. *La Vanguardia*.

Brad Stone. (2017). The Early Years of Uber. En *The Upstarts: How Uber, Airbnb, and the Battel for the New Silicon Valley*. Little, Brown and Company.

Ezrachi, A. y Stucke, M. E. (2016). *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Harvard University Press.

Leñena Mendizábal, E. (2015). Los nuevos sistemas de utilización compartida

de vehículos de transporte (*carpooling* y *car sharing*): entre la economía colaborativa y la competencia desleal. *Revista de Derecho Mercantil*, 296, 283-334.

Rodríguez, P. (8 de enero de 2020). Las decenas de multas no frenan a Cabify en Catalunya: acumula una de cada tres licencias de VTC. *El Diario.es*.

Woodcock, R. (2018). The Efficient Queue and the Case Against Dynamic Pricing. *Iowa Law Review*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3230425> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3230425>.



¿Reformas constitucionales inconstitucionales? La eventual aplicación en España de un paradigma emergente en el derecho comparado

Francisco Javier Donaire Villa

*Profesor titular de Derecho Constitucional.
Universidad Carlos III de Madrid*

franciscojavier.donaire@uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-7449-8177>

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

Se analiza en este trabajo si cabe aplicar en España el paradigma emergente de la «reforma constitucional inconstitucional», explicativo de un fenómeno, no infrecuente en derecho comparado, de impugnaciones (e incluso anulaciones) jurisdiccionales de enmiendas a la Constitución por transgresión de un núcleo material básico que limita el poder de revisión de esta.

Palabras clave: reforma constitucional inconstitucional.

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

Cómo citar: Donaire Villa, F. J. (2021). ¿Reformas constitucionales inconstitucionales? La eventual aplicación en España de un paradigma emergente en el derecho comparado. *Revista CEFLegal*, 240, 33-66.



Unconstitutional constitutional amendment. The eventual application in Spain of an emerging paradigm in comparative law

Francisco Javier Donaire Villa

Abstract

This paper discusses whether the emerging paradigm of «unconstitutional constitutional reform» can be applied in Spain, explaining a phenomenon, not uncommon in comparative law, of jurisdictional challenges (and even annulments) of amendments to the Constitution for their transgression of a basic material core that limits such power to change the constitutional provisions.

Keywords: unconstitutional constitutional amendment.

Citation: Donaire Villa, F. J. 2021). ¿Reformas constitucionales inconstitucionales? La eventual aplicación en España de un paradigma emergente en el derecho comparado. *Revista CEFLegal*, 240, 33-66.





Sumario

1. Reforma constitucional inconstitucional, constitucionalismo iliberal, constitucionalismo abusivo, autoritarismo competitivo... Nuevos paradigmas comparados para una renovada teoría de límites a la reforma constitucional
2. ¿Reforma constitucional inconstitucional en España? ¿Sería fiscalizable jurisdiccionalmente?
3. Los límites: la permanencia de «lo constitucional» y de «la estatalidad»
4. Límites derivados del Estado social y democrático de derecho, de los partidos políticos y de otros contenidos del título preliminar de la Constitución
5. Enmienda constitucional y forma de gobierno
6. Reforma constitucional e inviolabilidad de los derechos fundamentales
7. Reforma constitucional y organización territorial
8. Reformas ordinarias que «afecten» a disposiciones no reformadas que se ubican en «zona de reforma agravada»
9. ¿Es incompatible la actual jurisprudencia constitucional sobre el sentido y alcance del artículo 168 de la Constitución con la doctrina de la *unconstitutional constitutional amendment* y su control jurisdiccional?

Referencias bibliográficas

1. Reforma constitucional inconstitucional, constitucionalismo iliberal, constitucionalismo abusivo, autoritarismo competitivo... Nuevos paradigmas comparados para una renovada teoría de límites a la reforma constitucional

¿Pueden eliminarse los derechos fundamentales, o alguno de ellos, mediante reforma constitucional? ¿O la democracia y el sufragio universal? ¿O el Estado de derecho? ¿O la separación de poderes? ¿O la integridad territorial y la propia permanencia del Estado? Adviértase, de entrada, que aquí se habla de reforma constitucional en el sentido técnico estricto del término: como un poder regulado en la Constitución que permite alterar el enunciado de sus disposiciones, pero que ni puede crear una Constitución nueva ni puede ser vía o cauce para la ruptura constitucional. Esto es, no como ejercicio del poder constituyente originario en la clásica acepción del Abate Sièyes (Sièyes, 1973), sino como poder constituyente-constituido, que puede alterar la redacción de la Constitución, pero con sujeción a lo previsto en ella, contraponiéndose al poder constituyente originario, creador, sin límites jurídicos, de una nueva Constitución. Al menos, sin límites jurídicos de derecho interno, pues otra cosa son, en la actualidad, los externos o internacionales.

Que una reforma constitucional pueda oponerse a la Constitución reformada es, no solo una hipótesis, sino una situación que efectivamente está teniendo lugar, y de manera creciente durante los últimos años en diversos sistemas constitucionales de otros países, y está siendo objeto de un cada vez mayor interés en el derecho constitucional comparado y en el derecho constitucional internacional. Tampoco España ha sido ajena a situaciones que pueden enfocarse desde estos parámetros, pues entre nosotros, como acaba de adelantarse, se llegó a recurrir ante el Tribunal Constitucional (TC) la reforma del artículo 135 de la Constitución, por la vía de un recurso de amparo basado en una eventual vulneración del derecho fundamental de sufragio pasivo en su dimensión del derecho al adecuado ejercicio del cargo para el cual fueron elegidos los diputados recurrentes, al entender estos que dicho derecho les quedaba lesionado por haberse seguido el procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 167 de la Constitución, en lugar del regulado en el artículo 168, siendo así que la reforma afectaba a la definición de España como Estado social en el artículo 1.1 de la Norma Fundamental. Un recurso que, aunque fuera inadmitido a trámite por el Pleno del TC mediante su Auto 9/2012, de 13 de enero, dicha resolución planteó la hipó-

tesis de los recurrentes, la controló, y fundamentó su inadmisión precisamente por la adecuación del procedimiento seguido para la enmienda del artículo 135 de la Constitución, y no porque el problema fuese insusceptible de control jurisdiccional por el TC. Sobre este auto se volverá más adelante.

En la doctrina española, el problema de eventuales reformas constitucionales contrarias a la materialidad (o, al menos, a la materialidad fundamental) de la Constitución se ha venido abordando desde tradicionales esquemas kelsenianos, obviando tanto la praxis jurisprudencial en no pocos países (algunos, como Alemania, tradicionales referentes de la ciencia jurídica española, y otros, como algunos Estados de Latinoamérica, incluso culturalmente próximos, también en lo jurídico), cuanto los recientes (pero en España prácticamente inadvertidos) paradigmas jurídico-constitucionales internacionales comparados generados en torno a esta cuestión. Entre ellos, precisamente, la *unconstitutional constitutional amendment*, noción de filiación académica anglosajona (en consecuencia, desde parámetros de *common law*, en todos los casos, y de *judicial review of legislation* en los sistemas que, como el norteamericano, mas no el británico, lo admiten), pero aplicando enfoques comparados, que incluyen también en sus desarrollos conceptuales a la experiencia en la materia ocurrida en países de *civil law*, como varios europeos (Alemania, Austria, Italia, Chequia, Hungría) o países latinoamericanos como Colombia, Venezuela, Perú, Argentina o México. O bien el paradigma explicativo que ha venido a darse en denominar como *illiberal constitutionalism* (Halmai, 2018; Halmai, 2019; Tushnet, 2017). O el llamado *abusive constitutionalism* (Albert, 2015; Doyle, 2017; González-Jácome, 2017; Kosař y Šipulová, 2018; Landau, 2013; Roznai, 2015; Tushnet, 2014). O el bautizado como *competitive authoritarianism* (Bardall, 2016; Cameron, 2018; Levitsky y Way, 2002; Levitsky y Way, 2010). O, por último, y recientemente en España, aunque de fuente académica extranjera, la *rule of law backsliding* (Faggiani, 2019).

Todas estas nuevas categorías conceptuales examinan los supuestos en que se utiliza la reforma constitucional con fines de reemplazo de la Constitución mediante su sustitución por una nueva Constitución «a medida», que transforme un modelo inicial de *liberal constitutionalism*, o marco o patrón estándar, hacia parámetros constitucionales que, respondiendo aparentemente todavía a lo que sería una Constitución adscribible al «constitucionalismo estándar», esconde en realidad un nuevo esquema de poder que elude total o parcialmente los ejes fundamentales caracterizadores del constitucionalismo. Se trata de reformas constitucionales que erradican o menoscaban rasgos esenciales del constitucionalismo demo-liberal, bien sea únicamente para el mantenimiento de un líder o fuerza política en el poder (las reformas constitucionales colombianas eliminando límites al mandato presidencial en la época de Uribe, finalmente declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional de aquel país), bien, en sus manifestaciones más acentuadas (recientes reformas constitucionales húngaras o polacas, impulsadas respectivamente por los líderes de los partidos dominantes, Fidesz y PiS), con modificaciones esenciales del constitucionalismo liberal inicialmente imperante hacia pautas de constitucionalismo iliberal, o incluso, de autoritarismo competitivo, según algunas de las construcciones académicas explicativas a que anteriormente se hacía referencia.

Las reformas de tal signo tienden a mantener una «Constitución aparente», con un esquema de instituciones tomado del que aquí hemos llamado «constitucionalismo estándar», pero el nuevo orden constitucional resultante de la reforma entrega fácticamente el total control del Estado (y, con él, un control simuladamente jurídico) al bloque político en el poder así consolidado, y, con él, a su respectivo líder. Se mantienen procesos electivos multipartidistas, pero la facción dominante, ya instalada en los diversos resortes de autoridad del Estado, parte con una situación de ventaja que favorece la consolidación e incluso incremento de sus amplias mayorías parlamentarias, las cuales dejan en las exclusivas manos de esa facción política y de sus élites dirigentes, no solo la reforma de la Constitución, sino incluso el reemplazo de esta.

Este tipo de reformas constitucionales también menoscaban o acaban con los adicionales recursos para la igualdad en la contienda electoral, como el control mediático, o la supresión de órganos dotados de independencia que controlen, no solo la rectitud y transparencia en los propios comicios, sino el posterior desempeño de los poderes electoralmente conquistados en tal situación. Dichos mecanismos de ocupación del poder, y de perpetuación en él, son más sutiles, y gozan de una mayor apariencia de legitimidad que caminos alternativos como golpes u otras formas de quiebra frontal de la normalidad constitucional (Landau, 2013, pp. 189, 195), propiciando modificaciones de los respectivos marcos constitucionales de manera que, aun manteniéndose competiciones electorales multipartidistas, y no siendo sistemas políticos completamente totalitarios o autoritarios, son sensiblemente menos democráticos que lo fueron antes de estos usos de la reforma constitucional (Landau, 2013, p. 189).

2. ¿Reforma constitucional inconstitucional en España? ¿Sería fiscalizable jurisdiccionalmente?

¿Cabe aplicar los paradigmas de la reforma constitucional inconstitucional, en sus diversas manifestaciones recién mencionadas, también en España, en particular en lo que se refiere a aspectos materiales? La inconstitucionalidad material de la reforma de la Constitución, problema más complejo que el de su constitucionalidad formal o procedimental (como atestigua que solo este último problema se haya planteado y resuelto por el TC en su Auto 9/2012), aparentemente plantea una contradicción lógica. Y es que sería un problema de imposible control jurisdiccional. La tramitación procedimental correcta de las reformas a la Constitución española de 1978 (o lo que es lo mismo, la observancia del procedimiento correspondiente, sea el prescrito en su artículo 167, como ya ha acontecido en dos ocasiones, sea, en su caso, el regulado en su artículo 168) hace de la nueva redacción de los respectivos preceptos constitucionales reglas jurídicas que tienen el mismo valor que (el resto de) la propia Constitución así reformada, la cual, como es bien sabido, no puede ser objeto, sino solo parámetro de constitucionalidad para el TC, tal y como implícitamente se deduce del título X de la Constitución y explícita el artículo 1 de la LOTC, cuando dice que

el tribunal «está sometido solo a la Constitución» (además, y en segundo lugar, de a la propia LOTC, según reza el mismo precepto).

Siendo jurídicamente inaplicable ningún otro parámetro que no forme parte de la propia Constitución positiva y vigente, los requisitos de validez de la enmienda constitucional no son únicamente los que cabe obtener de la interpretación textual o literal de preceptos de la propia Constitución. Sabido es que el criterio literal o textual es solo uno de los varios posibles para la interpretación de normas jurídicas, y de la constitucional en particular. De hecho, la especificidad de la interpretación de la Constitución (Alonso García, 1984; Díaz Revorio, 1997; Troncoso Reigada, 2000), derivada de la utilización de conceptos axiológicos y de un lenguaje abierto susceptible de diversas concreciones o interpretaciones jurídicas, todas ellas válidas, especialmente en atención al contexto de apertura que deriva de la democracia y del valor superior del pluralismo político, determina que esa interpretación no deba jurídicamente detenerse (y que, a menudo, en la praxis, no se detenga) en el mero criterio exegético literal, y considere también parámetros interpretativos atentos a la consideración del sistema constitucional en su globalidad, y a la finalidad o finalidades a que atiende ese sistema, en cuyo marco se insertan los preceptos concretos de la propia Constitución.

Implica esta especial naturaleza y función de la Norma Fundamental el uso, no solo jurídicamente correcto, sino incluso frecuente, de la interpretación teleológica y sistemática de unos preceptos de la Constitución, tomando en consideración otro u otros de la misma que regulen situaciones o respondan a objetivos próximos o similares a aquellos que se hallen concretamente sometidos los artículos en trance de enmienda, y de todos ellos a la luz de las finalidades a que responde el conjunto de la propia Constitución, no deteniéndose exclusivamente en la interpretación gramatical o literal, por más que esta sea la primera a la que recurrir, pero sin agotar en ella la exégesis constitucional. No otra cosa se deriva de los preceptos del Código Civil sobre la interpretación de las normas jurídicas en general (en particular, a estos efectos, su art. 3.1), lo que, por participar la Constitución de esa misma naturaleza, la de norma jurídica, igualmente le resulta aplicable en lo que no resulte incompatible con ella. También el propio Código Civil prioriza la interpretación literal, al mencionarla en primer término, sin agotar en ella la hermenéutica jurídica, y dar a continuación entrada, igualmente, a los criterios teleológico, sistemático («las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto») e, incluso, histórico social («los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»).

Así pues, restricciones y límites al contenido y redacción de las reformas a la Constitución pueden resultar de otros preceptos constitucionales no sometidos a enmienda, que confluyan, por su propio contenido y alcance material de aplicación, con el texto de una propuesta de reforma constitucional, aunque tales adicionales preceptos, igualmente convergentes y aplicables por su respectivo alcance y contenido material, no se autocalifiquen de modo expreso como límites a la reforma de la Constitución. Tal cosa sucede de modo natural, como revela la jurisprudencia constitucional, cuando se ejerce el control de consti-

tucionalidad de leyes y normas con fuerza de ley, pues muchos de los límites que la Constitución impone a estas, y la propia jurisprudencia constitucional hace aflorar, son límites implícitos en la Norma Fundamental, jurídicamente deducibles de un proceso interpretativo de la propia Constitución con arreglo a criterios hermenéuticos sistemáticos y teleológicos conforme a las reglas generales de la interpretación jurídica que el TC lleva a cabo ordinariamente en sus sentencias.

No obstante, entender que existen barreras materiales implícitas a la revisión de la Constitución, y determinar cuáles sean esas barreras de índole sustancial, es un problema de extrema dificultad jurídica, no precisamente exento de riesgos o peligros (quizás el principal radique en hacer de cada intérprete fuente, no ya del derecho constitucional, sino de las posibilidades jurídicas de la reforma constitucional, a riesgo de desplazar indebidamente, o de asimismo indebidamente sumarse, a los poderes institucionales a quienes directamente se le encomienda en la Constitución su propia reforma). Ahora bien, puede haber reformas constitucionales que manifiestamente vayan más allá de lo jurídicamente permitido por la propia Constitución a esos actores institucionales en principio legitimados por ella para emprender su propia reforma. Y lo complejo del envite no es excusa para renunciar a él.

Sabido es que el Código Civil (art. 1.7) prohíbe a los jueces el llamado *non liquet*, y que, por el contrario, y a resultas de esa prohibición, resulta ser siempre obligatoria para ellos la resolución de los casos que se les presenten, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. No se trata de algo imposible de abordar siguiendo las reglas jurídicas de la interpretación de las normas jurídicas, y aplicándolas a la Constitución, que es también norma jurídica, aunque sea la superior entre todas ellas (art. 9.1 de la Constitución española de 1978). Ni siquiera lo imposibilita el hecho de que nos hallemos en la cúspide del sistema jurídico, o que en la reforma de la Constitución participen los órganos constitucionales (Gobierno, Congreso, Senado), o, en su caso, incluso el pueblo español a través del instituto del instrumento del referéndum, siempre vinculante (arts. 167 y 168 del texto constitucional) aunque no siempre preceptivo (art. 167.3 de la Constitución).

Ahora bien, esa condición de «cúspide» o «vértice» ordinamental que caracteriza a la Constitución (y, en principio, también a su propia reforma) implica que a la hora de indagar y especificar implícitas barreras sustanciales o materiales a dicha reforma, el intérprete, y concretamente cuando este ejerce un control «oficial» con resultados jurídicamente obligatorios, esto es, cuando se trata del Supremo Intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, se incrementan los imperativos de autocontención o *self-restraint* jurisdiccional, en lógica deferencia a los poderes democráticamente electos. El punto de equilibrio entre preservación de la normatividad y supremacía de la Constitución, de un lado, y la legitimidad del poder al que ella misma le permite reformarla, de otro, radica, justamente, en la adecuada observancia de las reglas de interpretación jurídica de los preceptos de la Constitución que inciden en la reforma de esta, dado que la democracia exige respetar la voluntad ciudadana. Pero no solo la voluntad ciudadana expresada concretamente sobre la ratificación de alguna reforma puntual de la Constitución, sino también la que fue expresada de manera

estructural en torno al cumplimiento de los requerimientos constitucionalmente establecidos a que debe someterse la propia reforma constitucional, pues también los ciudadanos, y no solo los poderes públicos (también el de reforma, no excluido de esta regla jurídica), están sometidos a la Constitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.1 de esta última.

Junto a las restricciones de iniciativa que impone el artículo 166, y las temporales que señala del artículo 169, hay que añadir las recíprocas limitaciones que de forma recíproca se imponen los dos artículos, 167 y 168, reguladores de los dos procedimientos de reforma constitucional, ordinario y agravado, respectivamente. Es decir, que el uno es de observancia cuando el otro no resulta serlo. Aquí terminan los límites expresos a la reforma de la Constitución. Todo otro límite, si jurídicamente existe, es un límite tácito o implícito en la propia Constitución a propia su reforma. Si agotamos la exégesis en la interpretación literal, no hay límites constitucionales adicionales a los referidos (esto es, los temporales y procedimentales que fijan los preceptos señalados, los artículos 167, 168 y 169, más las exclusiones subjetivas a la iniciativa de reforma, resultantes de la remisión limitada del artículo 166 a solo algunos de los sujetos (Gobierno, Congreso, Senado, y propuesta no vinculante de asambleas autonómicas a Gobierno y Congreso) titulares de la iniciativa legislativa según el artículo 87 (apartados 1 y 2 de este precepto, pues la remisión que al mismo efectúa el artículo 166 no alcanza a su tercer apartado del mismo artículo 87, dejando con ello fuera de la capacidad de propuesta de la reforma constitucional a la iniciativa legislativa popular).

Ahora bien, que en el título X de la Constitución no se establezcan límites o barreras materiales o sustanciales a la reforma constitucional no supone que por ello fuese sin más inadmisibles a trámite todo intento de hacerlos valer jurisdiccionalmente ante el TC. Ahora bien, cualquier límite constitucional a la reforma constitucional, y, en consecuencia, también cualquier intento de instar la fiscalización jurisdiccional de la observancia de esos límites al hilo de una reforma concreta de la Constitución, imperativamente ha de mantenerse dentro de los parámetros del derecho constitucional vigente, y tal adicional límite o límites materiales han de ser, por así decirlo, jurídicamente internos o inmanentes a la Constitución. Esto es, eventuales límites sustanciales o materiales a la reforma de la Constitución solo pueden derivar de esta última a través de un proceso de interpretación jurídica, literal, pero también sistemática y teleológica, de sus preceptos, habiendo de ser ese proceso interpretativo solo y exclusivamente de la Constitución como norma superior del sistema.

Han de excluirse en ese proceso exegético constitucional toda clase de elementos o consideraciones que excedan del discurso jurídico (y, en particular, del discurso jurídico-positivo), alcanzando tal exclusión tanto a nociones conceptuales de disciplinas próximas, como la sociología o la ciencia política, cuanto, incluso, a categorías de la dogmática jurídica que, aun pretendiendo capturar y explicar el derecho positivo, carezcan de existencia efectiva en él, y más específicamente, cuando se trate de nociones o institutos dogmático-jurídicos que no se hallen positivizados en la Constitución vigente. El indudable potencial y valor epistemológico y explicativo de tales institutos (uno de ellos, precisamente, es el concepto del poder constituyente, o del poder constituyente constituido, ausentes ambos, por

otra parte, al no invocarse expresamente por ninguna de sus disposiciones, en la vigente Constitución española de 1978) no obsta a que su empleo en la exégesis jurídica del derecho constitucional positivo, y en particular en la indagación a partir de él de límites materiales a la reforma de ese mismo derecho constitucional positivo, pueda dar lugar a falsos problemas jurídicos, al otorgar a esos conceptos dogmáticos sin reflejo en el derecho positivo una dimensión jurídica, o más precisamente, una dimensión jurídico-constitucional de la que realmente carecen en nuestro sistema. En relación, de nuevo, con el concepto de poder constituyente, la Constitución española no se refiere él, sino a los de «Constitución», en su preámbulo y a lo largo de su articulado, así como a los de «reforma constitucional» o «reforma de la Constitución», o «revisión de la Constitución».

Consecuentemente, una noción dogmática no empleada en el derecho constitucional positivo vigente en España, cual es la idea o concepto de «poder constituyente», no puede ser utilizada como parámetro de validez jurídico-positiva para concluir, por vía hermenéutica del propio texto constitucional, que no existen en la Constitución límites materiales a su reforma, derivables de la interpretación sistemática y teleológica, a falta de la exégesis literal o gramatical, de las propias disposiciones del texto constitucional, parafraseando a Dworkin (1978), «tomado en serio» en su conjunto. Consiguientemente, la eventual fiscalización jurisdiccional de una reforma constitucional en España no podría denegar (o, incluso, inadmitir a trámite) el examen de los eventuales límites constitucionales sustanciales basándose en que la idea o noción del «poder constituyente», en su configuración doctrinal como concepto dogmático-jurídico (conocida es la caracterización de Sieyès en plena Revolución francesa), sea un poder sin límites jurídicos que se opondría *per se* a la existencia de tales barreras constitucionales materiales a la reforma, o sustentándose en que el título X de la Constitución española de 1978 regula el ejercicio del «poder constituyente» o del «poder constituyente constituido», porque ninguno de estos conceptos aparece positivizado ni en ese título ni en el resto del vigente texto constitucional español. Metodológicamente, se estarían mezclando planos distintos de razonamiento: el epistemológico, propio de la ciencia jurídica, con el del derecho positivo, regido en esta materia por la Constitución española de 1978. Obrando así, se confundiría la ciencia del derecho constitucional con su objeto en España, que es precisamente el texto jurídico-positivo de la Constitución de 1978.

Si el propósito del título X de la Constitución hubiese sido el de dar regulación al poder constituyente según su clásica fisonomía dogmático-jurídica como poder originario, absoluto y desprovisto de límites jurídicos, entonces carecería de sentido la propia existencia del título X, pues este se hallaría desprovisto de valor jurídico alguno, incurriendo en una vacuidad que lo haría normativamente superfluo y consiguientemente inaplicable, así como carente de garantías jurisdiccionales, dadas las características de su objeto, si realmente fuera el «poder constituyente», tal y como ha sido caracterizado en la reflexión científico-jurídica a partir de su «creación» por el Abate Sieyès. Además, esa vacuidad o «inexistencia jurídico-positiva» del título X de la Constitución, si realmente regulase el «poder constituyente» (cosa que no hace, porque no dice que así sea), debería haber tenido expreso reflejo en el artículo 9.1 de la Constitución, excluyéndolo de la normatividad y supremacía de la Cons-

titución que en él se consagra, pues ni los poderes públicos ni los ciudadanos estarían sometidos a dicho título, lo que choca con la redacción del precepto, que no excluye al poder regulado en ese mismo título (el X) de entre los poderes públicos (y el de reforma también lo es, por su objeto, y por sus actores institucionales intervinientes) que a su tenor se hallan sometidos a la Constitución.

Es más, tanto la interpretación literal, como la sistemática, del artículo 9.1 del texto constitucional y del título X de este, conducen a estimar que ni el primero excluye de su ámbito al segundo, ni este se autoextrae de aquel. Esto es, permiten concluir que el título X tiene carácter normativo, en primer lugar. Y, en segundo, que comparte el mismo valor supremo que el resto de la Constitución, de la cual forma parte sin exclusiones. Pero, a la inversa, esa misma interpretación permite considerar también que el resto de la Constitución incide jurídicamente sobre su título X, y que, aun siendo el objeto de dicho título determinar quién y cómo tiene la capacidad de alterar la redacción de (los) enunciados constitucionales, ello no implica que la ausencia de límites materiales expresos a la reforma constitucional en el propio título X de la Constitución excluya la existencia de límites a la reforma en otros lugares del propio texto constitucional. Ni tampoco que esos límites eventualmente derivados de otros enunciados constitucionales ubicados en emplazamientos distintos del título X deban identificarse solo mediante la interpretación textual, o que no quepa hallar tales límites mediante la interpretación sistemática o teleológica de otras previsiones constitucionales, pues ni ese mismo título ni ninguna otra disposición de la Norma Fundamental prohíben el empleo de los criterios sistemático o teleológico en la interpretación jurídica de las reglas que la Constitución dedica a su propia reforma, como tampoco lo hacen para la exégesis de otras reglas constitucionales.

De hecho, la interpretación sistemática y teleológica son técnicas exegéticas muy frecuentemente empleadas por el TC para determinar el contenido y sentido de los preceptos constitucionales, debido a las específicas características ontológico-jurídicas que distinguen las reglas en ellos establecidas. La constatación de esas específicas características es, de hecho, lugar común en los tratamientos doctrinales relativos a la interpretación constitucional, como los que ya se han citado con anterioridad en este mismo trabajo. La propia jurisprudencia constitucional constantemente se vale de ambas modalidades de interpretación jurídica, sistemática y teleológica, además de la interpretación literal o gramatical, de los preceptos que integran la Constitución. Basten algunos ejemplos paradigmáticos: el principio de competencia como regla de resolución de colisiones normativas interterritoriales, según el TC implícito en el título VIII, pero que no es explícitamente proclamado ni en ese título, ni, por ejemplo, en el artículo 9.3 de la propia Norma Fundamental. O bien, el principio de proporcionalidad en las resoluciones que ponderan y resuelven situaciones de confluencia conflictiva entre derechos fundamentales, o entre derechos fundamentales y otros bienes constitucionales.

Por el contrario, la rigidez de la Constitución española de 1978 lo es en razón, justamente, de la «existencia jurídica» de su título X, que, sistemáticamente interpretado, conduce a concluir que nada permite considerar jurídicamente que se halle excluido del ámbito de

aplicación del artículo 9.1 del propio texto constitucional, siendo no solo esa rigidez, sino también su garantía jurisdiccional, atributos jurídicos esenciales de la Constitución española de 1978 en su totalidad (título X, pues, incluido). Y de otra parte, no hay previsión expresa de que los únicos límites constitucionales a la reforma de la Constitución sean los de orden cronológico y formal que expresamente establecen, dentro de su título X, los artículos 166 a 169. La ausencia de límites materiales a la reforma constitucional en esos preceptos no significa prohibición de esos límites, pues tal prohibición debería establecerse, para existir jurídicamente, de forma específica en la propia Constitución. Esta conclusión, alcanzada mediante exégesis jurídica del texto constitucional, no esconde, ni pretende hacerlo, la dificultad de hallar esos límites a la vista de que, precisamente, el cometido y objeto de la reforma constitucional es poder modificar los enunciados constitucionales.

Sin embargo, tal y como se configura en la Constitución positiva y vigente, el de reforma constitucional es un poder público. Y un poder público no ilimitado sino, al contrario y como dice el artículo 9.1, sometido a la Constitución (De Vega García, 1985, pp. 217 y ss.; García Roca, 2017, p. 186), y a toda ella sin exclusiones, o sin limitarse solo al propio título X. También, de conformidad con ese mismo artículo, el de reforma es un poder público sometido, al igual que los demás, no solo a la Constitución, sino también al resto del ordenamiento. Lo que supone, en este caso (como en el de los demás poderes públicos), sometimiento al resto del orden jurídico aplicable: la observancia, por ejemplo, de los trámites que en legítimo desarrollo de la Constitución, expresamente previsto por ella en los artículos 72.1 y 92.3, respectivamente, establecen los reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, o la Ley orgánica reguladora de las modalidades de referéndum.

La cuestión de los límites materiales a la reforma constitucional es, pues, un problema jurídico complejo. Consiste en la identificación del parámetro jurídico-constitucional de control, que debe ceñirse a los márgenes que permita la interpretación asimismo jurídica de la propia Constitución, pero de toda ella (art. 9.1 de la misma), sin incurrir el intérprete (incluido el supremo intérprete que es el Tribunal Constitucional) en libre creación de reglas constitucionales, cosa que solo pudo hacer el poder que elaboró la Constitución. En términos jurídicos, el intérprete debe, pues, descartar cualquier parámetro metajurídico y extraconstitucional (esto es, debe evitar el recurso a nociones sociológicas, politológicas o de cualquier índole distinta a la jurídico-positiva), o acudir a constructos teóricos de dogmática jurídica que carezcan de plasmación en el texto constitucional español vigente, a la hora de identificar los límites a la reforma de la propia Constitución. Tal indagación de los límites materiales a la reforma de la Constitución debe hacerse mediante interpretación jurídico-constitucional positiva, no solo literal, sino también sistemática y teleológica, y esa labor ha de ceñirse exclusivamente al contenido de la Constitución española vigente.

La exégesis de los límites sustanciales derivados de la Constitución a su propia reforma tiene como término inicial de referencia, lógicamente, el contenido del propio título X de la Constitución, presupuesta, como ya se ha indicado, la normatividad y supremacía de dicho título en las mismas condiciones que el resto del texto constitucional. Además, el tí-

tulo X debe entenderse en sistemática y conjunta lectura con el resto de la Constitución a la cual pertenece, y no, en cambio, en lectura aislada y separada de las restantes previsiones constitucionales, por más que las mismas (al igual, por lo demás, que las integrantes del propio título X) sean susceptibles de reforma. E incluso pueden derivarse límites materiales del propio título X, junto a los formales, estos últimos de más simple identificación por ser expresos. Es más, de los propiamente formales asimismo se derivan límites materiales, que, al ser estos últimos expresos, igualmente lo serían aquellos.

Una de las barreras de orden sustancial o material a la modificación de enunciados constitucionales la establece la propia denominación o rúbrica del título X de la Constitución, que nombra al poder público en él regulado como poder de «reforma constitucional», designación que repetidamente reaparece en los artículos 167 y 168, corazón o núcleo normativo de ese mismo título. Al no rubricarse el título X de la Constitución española de 1978 como «poder constituyente» o «poder constituyente constituido», nociones que, como ya se ha dicho, se caracterizan en su configuración dogmático-jurídica y de teoría de la Constitución como poderes no limitados jurídicamente (el poder constituyente en cuanto tal, y el poder constituyente constituido en cuanto poder constituyente según el primer miembro de la expresión que le da nombre), cabe inferir que la rúbrica o calificación «reforma constitucional» empleada en el título X de la Norma Fundamental española hace referencia a un poder con capacidad de modificar la Constitución. Pero no efectúa mención a un poder carente de límites jurídicos (porque no lo adjetiva de «constituyente»), si bien tales límites jurídicos son solo aquellos que puede establecer la propia Constitución (o, más ampliamente, aquellos que solo con base en ella pueden fijarse; por ejemplo, los que en estricto desarrollo de la Norma Fundamental puedan hallarse en los reglamentos parlamentarios o en la legislación orgánica reguladora del referéndum de reforma constitucional). Lo dicho significa que resulta jurídicamente relevante, a fin de abordar el problema de los límites constitucionales a la reforma constitucional, no solo aquello que el título X de la Constitución española de 1978 deja de decir en su denominación o rúbrica, o en los preceptos que lo componen, sino también lo que la propia Constitución expresamente dice.

Ateniéndonos, pues, a lo dicho explícitamente en la Constitución, el título X del texto fundamental vigente en España se denomina «De la reforma constitucional», locución que utilizan generalizadamente los artículos 166 a 169 que lo componen, y en particular los artículos 167 y 168, ordenadores respectivamente de los dos procedimientos en los que se desdobra el poder público a que la misma Constitución condicionadamente atribuye la capacidad para modificarla (reformularla). Y aunque el artículo 168 emplee el término «revisión» para referirse al resultado del procedimiento especialmente rígido que en él se regula, también utiliza con carga semántica equivalente el de «reforma» en su apartado 3, de modo que el uso de ambos («revisión» y «reforma») es indistinto en el precepto, y no acarrea efectos o consecuencias jurídicamente diferenciables en cada caso.

Tampoco dice el artículo 168 que a su amparo pueda elaborarse otra Constitución, pese a hacer corresponderse unos requisitos procedimentales más gravosos para una reforma

constitucional más amplia, cuantitativa (revisión total) o cualitativamente (revisión parcial que afecte a los objetos constitucionales enumerados en el propio precepto). Particularmente en cuanto a lo primero, dice el artículo 168 que a su amparo puede llevarse a cabo una «revisión total» de la Constitución. Esto es, que puede revisarse totalmente esta Constitución, pero no que pueda reemplazarse por una *nueva* Constitución, o lo que es igual, por *otra* Constitución (García Roca, 2017, p. 185). «Revisar», en el sentido del artículo 168, no es, pues, hacer una nueva Constitución, y hacerlo sin límites. Es poder cambiar la redacción de todas las disposiciones constitucionales, o de una parte de ellas predeterminada en el precepto, sin cambiar o reemplazar esta Constitución por otra.

Elaborar *ab initio* una Constitución nueva significa, en términos jurídicos, romper con la Constitución precedente, y esto, de nuevo jurídicamente hablando, es algo distinto de la reforma integral de la Constitución previa, y supone ir más allá de esa reforma, incluso aunque sea una reforma integral. La ruptura constitucional, a diferencia de, literalmente, la «reforma constitucional», no se halla regulada en la Constitución española de 1978. Ni específicamente en su título X, ni en el resto de su articulado, que, por el contrario, se asienta sobre la normatividad y supremacía del íntegro texto constitucional español de 1978, conforme prescribe su artículo 9.1. Justamente en esa ruptura constitucional, con solución jurídica de continuidad respecto a la Constitución española de 1978, sería donde hipotéticamente surgiría lo que en Teoría de la constitución y filosofía jurídica ha venido en denominarse (por cierto, no sin polémica doctrinal acerca de su propia existencia, características, titularidad, modo de ejercicio, etc.) el denominado poder constituyente, como poder creador, originario y carente de previos límites jurídicos según la clásica configuración que del mismo trazara Sièyes.

El artículo 168 de la Constitución española, regulador de un más intenso poder de reforma o revisión constitucional que el previsto en su artículo 167, permite llevar a cabo tal reforma o revisión (total, en el sentido de afectante a todo el texto constitucional y no solo a partes de él, o parcial, cuando las modificadas sean algunas de tales partes a que el propio precepto expresamente se refiere), siempre que el texto normativo resultante de la revisión o reforma siga siendo, en primer lugar, «Constitución» en el sentido técnico del término. Es decir, en tanto que ese texto resultante sea normativo, supremo y rígido, y continúe haciendo del sistema democrático la regla esencial de toma de decisiones, enuncie y proteja derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, se amolde a los requisitos del Estado de derecho, y estructure los poderes del Estado con arreglo a los patrones del principio de separación de poderes, cualquiera que sea la concreta forma de gobierno por la que se decante entre las que ofrece el panorama del constitucionalismo comparado.

Tampoco podrá ser el texto resultante de la reforma o revisión, incluso total, «otra Constitución» distinta de la actual, que suponga romper con ella. Reformar la Constitución, jurídicamente, no es, y no puede ser, romperla, ni siquiera mediante reemplazo constitucional. El reemplazo constitucional es algo distinto de la reforma constitucional, pues supone sustituir una Constitución por otra nueva (sobre la noción, por todos, Bernal-Pulido, 2018), mientras que la reforma de la Constitución, aun siendo una reforma total, no es cambiar

la Constitución reformada por una Constitución nueva. Es más, la ruptura de la Constitución suscita contradicciones jurídicamente insalvables en relación con su eventual fiscalización jurisdiccional.

En efecto, si se impugnara la Constitución «nueva», la fiscalización jurisdiccional del fenómeno, una de dos, o se basa en el nuevo texto supremo, o se fundamenta en la Constitución antecedente (lo que jurídicamente supondría negar, incluso como presupuesto de la propia jurisdicción, tal ruptura). Así, la Constitución «nueva» sería inconstitucional por invalidez si se toma como medida de validez de la ruptura a la propia Constitución «rota», y el resultado de la fiscalización dependería de la efectividad de una y otra Constitución (esto es, de cuál sea efectiva, la Constitución «nueva», o la Constitución «rota»). Si la Constitución «rota» aún fuese efectiva, el resultado sería la anulación de la «Constitución nueva». En caso contrario, la que tendría efectividad sería la «Constitución nueva», que sumaría así a su eficacia una nueva validez por la fuerza fáctica de los acontecimientos. En este último escenario, no obstante, la fiscalización jurisdiccional de la Constitución «nueva» será autorreferencial y, en consecuencia, inexistente en términos jurídicos, pasando, en su caso, a ser operativo ese control si este posteriormente se insta contra una ulterior reforma de la Constitución «nueva», con la repetición del mismo fenómeno si esa reforma posterior de la Constitución «nueva» pretendiese «romperla» mediante la creación de una Constitución «más nueva».

La fiscalización jurisdiccional autorreferencial sería aporética en tal escenario, pues carecería de remedio en el plano normativo, quedando limitada, presupuesta la formulación de la correspondiente demanda, a decretar su inadmisibilidad a trámite, bien en la fase de admisión, bien, en atención a eventuales razones de complejidad y extensión del razonamiento jurídico, en la propia sentencia. Tal inadmisión se fundaría entonces en la inadecuación del parámetro jurídico invocado (la «Constitución rota») en relación con el objeto litigioso (la «Constitución nueva»). Y todo ello en el bien entendido de que siguiera existiendo el propio TC en la «Constitución nueva», o esta contuviera reglas acerca de la sucesión jurídica de dicho tribunal por otro órgano o sala constitucional preexistente, u objeto de creación *ex novo* por la propia «Constitución nueva», o por otras normas a su amparo. No se produciría en tal tesitura reforma o revisión de la Constitución previa (en nuestro caso, la actual Constitución española de 1978), sino su ruptura, que finalmente sería resultado de una situación fáctica o no plenamente jurídica conducente a la inviabilidad del control jurisdiccional, bien sea por ausencia de parámetro, bien, en los supuestos más extremos, incluso por ausencia de continuidad del tribunal.

Elo no obstante, podría pensarse en un supuesto limitado de fiscalización jurídica de la ruptura constitucional, consistente en comprobar jurisprudencialmente que la «Constitución nueva» sea, al menos, Constitución, en el sentido técnico-jurídico del término. Ahora bien, semejante control judicial no lo sería de adecuación de la reforma de la Constitución anterior a los parámetros materiales y formales de esta última. Sería un control más reducido y genérico: que la «Constitución nueva» obedezca a los parámetros democráticos, del

Estado de derecho, de la separación de poderes, y del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de la persona, cualitativamente definitorios todos ellos de lo que técnicamente es una Constitución. Además de atenuado, sería un control exclusivamente material. Pero un control jurisdiccional de una ruptura constitucional, aun cuando efectivamente entre a fiscalizar tales parámetros, seguiría hallándose dentro de los confines de la ruptura constitucional, fenómeno este último, como ya se ha dicho, no solo no previsto en la Constitución, sino inconstitucional, por ser algo distinto de la reforma constitucional que la propia Constitución sí regula. Cabe concluir, así, que el título X de la Constitución autoriza a modificarla parcialmente, o a revisarla totalmente, pero no romperla mediante la creación de un orden jurídico-constitucional distinto del actual.

Localizar esos límites constitucionales materiales a la reforma de la Constitución es labor compleja y delicada en sede jurisdiccional, ante una llamada expresa a hacerlo por los sujetos a los que el ordenamiento concede legitimación activa. El control jurisdiccional de constitucionalidad de la reforma constitucional ha de ser necesariamente un control más restringido que el control de constitucionalidad de la ley, por mucho que comparta con él la función de garantía de la normatividad, supremacía y rigidez de la Constitución vigente. La razón de esa mayor restricción enjuiciadora es que, a diferencia de la aprobación o modificación de la ley, la reforma de la Constitución tiene por objeto, precisamente, alterar la redacción de las reglas constitucionales. Y ello alcanza incluso a aquellas que puedan oponer barreras sustanciales, que operan en su total intensidad con respecto al legislador ordinario, pero que, aun impidiendo al legislador reformador de la Constitución eliminar o transgredir frontalmente el límite, no prohíbe a ese mismo legislador cambiar la redacción del precepto o preceptos constitucionales de los que propio límite derive, siempre que dicho límite no solo continúe vigente tras la reforma, sino que además no haya sido transgredido por ella.

Todo esto debe traducirse en una deferencia incrementada del juez constitucional hacia los poderes democráticos a quienes la propia Constitución abre su propia reforma. A condición, como se decía antes, de que estos sean tales poderes reformadores. Y esto es algo que determina la estricta observancia formal de los procedimientos prescritos jurídicamente al efecto, en especial las elevadas mayorías en las cámaras parlamentarias constitucionalmente exigidas para la reforma constitucional. Dichas mayorías unen ese más exigente *quorum* de decisión al origen democrático directo de la composición de las cámaras por efecto de su elección mediante sufragio universal. A ese origen y ese mayor umbral de mayorías exigibles se añade, como adicional factor de legitimidad democrática, el referéndum vinculante cuando este tenga lugar (condicionadamente en el caso del art. 167, preceptivamente en el del art. 168).

El bloque sustancial o material resistente a la revisión o reforma de la Constitución española tramitada de conformidad con su título X sería incluso menor, más restringido, que el ámbito material sometido al procedimiento agravado de reforma constitucional establecido en el artículo 168. Tal conclusión es obvia, pues si ambos bloques o ámbitos de exclusión

coincidieran, no cabría reforma agravada de la Constitución, y el artículo 168 de esta quedaría indebidamente vaciado de contenido jurídico. Partiendo de tan significativa modulación, se examinan en los próximos apartados varios de esos posibles límites constitucionales materiales a la reforma de la Constitución española de 1978, con la consiguiente consecuencia aparejada, si existe constitucionalmente alguno de esos límites, de su necesaria garantía jurisdiccional. Garantía que, a este nivel jerárquico (cumbre) del sistema normativo, no puede sino corresponder a la jurisdicción constitucional. O lo que es lo mismo, al TC.

No obstante, los límites materiales a que se hará referencia en los próximos apartados no agotan necesariamente todos los posibles. A diferencia de los límites formales, que se regulan de manera explícita, con vocación de generalidad, y resultan aplicables a cualquier modificación de la Constitución, los límites materiales solo pueden considerarse de manera abstracta, muy general, aproximativa, y, consiguientemente no de modo taxativo, sino abierto y apriorístico. Obvio es decir que su concreto alcance restrictivo solo puede precisarse de manera casuística en función del contenido que presente cada reforma constitucional.

3. Los límites: la permanencia de «lo constitucional» y de «la estatalidad»

Especificando lo ya adelantado en términos genéricos, un límite material específico a la enmienda o revisión, parcial o total, del texto constitucional español de 1978, es resultado de la noción misma de «reforma constitucional» que rubrica el título X y se utiliza en su articulado. Una modificación de la Constitución no puede tener como resultado jurídico que esta pase a no ser Constitución conforme a la noción técnico-jurídica del término, tanto en su sentido formal como en su sentido material, a resultados de la reforma, revisión o enmienda constitucional. El límite es a la vez absoluto y de orden formal: tutela a la Constitución en trance de reforma cualquiera que sea el contenido que pretenda adoptarse como consecuencia del ejercicio del poder de revisión, y además, veta algunos de esos contenidos cuando sean incompatibles con el contenido del propio límite.

La limitación jurídica no se detiene en preservar la permanencia de la naturaleza de Constitución tras el empleo de los procedimientos de reforma, sino que comprende también la persistencia inalterada de la normatividad del texto constitucional tras su reforma, y de su supremacía respecto al resto del ordenamiento jurídico, así como la continuidad de los mecanismos de garantía de ambos rasgos básicos de la Constitución, incluyendo a las jurisdiccionales entre esas garantías, lo que en particular conlleva la pervivencia de la jurisdicción constitucional tras el ejercicio del poder público de reforma de la Constitución. De lo contrario se estaría suprimiendo un rasgo básico de identidad del texto constitucional que, si llegara a producirse (esto es, si se eliminase la garantía jurisdiccional de la normatividad suprema de la Constitución), desembocaría en la ruptura constitucional, más allá de la reforma. En particular, ello quebraría otro de los rasgos de identidad de la norma

constitucional española, el que reside en la justiciabilidad de la reforma constitucional regulada en su título X.

Los efectos de este límite, que supone que la reforma constitucional sea eso, reforma, y no destrucción, de la Constitución (hipótesis esta última jurídicamente vetada a la reforma por actuar, entonces, *ultra vires* con respecto a lo que su regulación en el título X jurídicamente le permite), abarcan la preservación de la noción misma de lo constitucional en el resultado de la enmienda. Y esto no solo significa que el resultado de la enmienda siga siendo Constitución. También alcanza, exigiéndola jurídicamente con el consiguiente freno al poder de reforma de la Constitución, a la continuidad de su sustrato jurídico-político necesario: la necesaria pervivencia de la «estatalidad». La supervivencia del Estado que mediante ella se constituye. Se trata de una verdadera garantía institucional de «lo estatal» que el poder de reforma ha de preservar, limitándolo jurídicamente en consecuencia. Y no resulta incompatible tal restricción con la regulación de un poder de integración supranacional, que la propia Constitución originaria de 1978 ya recogía como uno de sus caracteres básicos. Ni tampoco es barrera a evoluciones eventuales de experiencias integradoras con participación española que profundicen tales experiencias, siempre que, parafraseando al Tribunal Constitucional Federal alemán con respecto a la UE, garanticen la permanencia de «la estatalidad» (*Staatlichkeit*) de sus Estados copartícipes.

Asimismo, dentro del límite material implícito en la noción misma de la «reforma constitucional», impeditivo de resultados que no sean eso, reforma constitucional, hay que situar el complejo problema del alcance, y la medida de validez, de la «enmienda de la enmienda» (en nuestro caso, de reformas del título X de la Constitución). Dos son las facetas principales que presenta esta cuestión. De índole sustancial o material la primera de ellas, aunque repercutiendo sobre los requisitos procedimentales que puedan resultar modificados «reformando la reforma», lleva a plantearse si cabe cualquier enmienda de esos requisitos (mayorías, referéndum, etc.), o, por el contrario, si también respecto a ellos el contenido y alcance de la noción de «reforma constitucional» acogida en la Norma Fundamental española de 1978 erige obstáculos que no permitan cualquier clase de alteración de tal tipo a los enunciados constitucionales. También es preciso interrogarse, adicionalmente, si cabe la eliminación pura y simple, de preceptos, y más claramente aún, del que erige condicionantes más gravosos a la reforma de la Constitución, cual es el artículo 168, o al menos si es posible reformularlo, y de ser así, a través de cuál de los dos procedimientos de enmienda constitucional podría canalizarse semejante modificación.

Este último interrogante se suscita a consecuencia de la no autoinclusión expresa del artículo 168 de la Constitución en el ámbito de aplicación del procedimiento hiperrígido que en él mismo se regula. Esa omisión podría llevar a entender que la reforma de dicho precepto se regiría por el procedimiento ordinario (menos rígido) de revisión establecido en el artículo 167. Por interpretación literal (por la referida ausencia de autoinclusión del art. 168 dentro de su propio ámbito de aplicación), pero también por interpretación sistemática, a la luz del propio artículo 167 (cuyos amplios términos literales darían cabida, entre los con-

tenidos abiertos al poder de reforma menos rígido que en él se establece, a la modificación del artículo 168). ¿Habría también aquí algún otro límite material sistemático que diera lugar a una exégesis distinta a la apuntada, y que impidiera reformar o suprimir el artículo 168 de la Constitución siguiendo los trámites previstos en el artículo 167?

Como se decía antes, la noción de «reforma constitucional» empleada en el título X de la Constitución prohíbe desproveer a esta de su carácter, no solo normativo, sino también supremo. Y una de las condiciones básicas para la supremacía constitucional es la rigidez de la Constitución. Trocar rigidez en flexibilidad constitucional es un contenido jurídicamente vedado a la reforma de la Constitución, porque más que su reforma, supondría romperla, o reemplazarla por otra Constitución, siendo esto último (la ruptura), como ya se ha subrayado, algo jurídicamente muy distinto de reformarla, quedando, pues, extramuros de las posibilidades que la Constitución española de 1978 otorga a su propio poder de reforma. Lo que no impide este límite es cambiar el nivel de rigidez de la Constitución que pueda resultar de la reforma de esta. No parece, sin embargo, que quepa hacerlo a la baja. Esto es, no parece que sea constitucionalmente posible rebajar el nivel de rigidez que en la actualidad resulta del artículo 167, pues acercaría la reforma al poder de elaboración de la legislación ordinaria, y por tanto, a la flexibilidad constitucionalmente proscrita, incluso para el poder de reforma constitucional, como ya se ha señalado.

¿Y el artículo 168? El carácter especialmente rígido del procedimiento que en él se configura, con su consiguiente dificultad o impracticabilidad, unida a la experiencia aplicativa hasta ahora inédita de ese especialmente complejo trámite de revisión constitucional, plantea varias preguntas de cara a la eventual reforma del precepto. La primera es si cabría «flexibilizar» ese procedimiento, o rebajar su rigidez en alguna medida, presupuesta, según se ha dicho antes, la permanencia de esa misma rigidez como condición constitucional básica a su reforma, al igual que, en este mismo sentido, se acaba de decir respecto al artículo 167, presentando ambos preceptos clara identidad de razón en este aspecto concreto. También es lógico preguntarse si cabe eliminar pura y simplemente el artículo 168 de la Constitución mediante reforma constitucional, algo que facilita la generalidad del enunciado del artículo 167, del que el artículo 168 se presenta con la estructura típica de una norma especial: eliminado lo especial (el artículo 168), permanecería lo general (el artículo 167) sin necesidad de específico retoque a este último precepto. Pero también cabe plantearse alternativas opuestas de reforma: incrementar la rigidez procedimental que el artículo 168 establece a día de hoy (un modelo posible lo ofrecen Constituciones nórdicas), o, incluso, transformar ese mismo precepto en cláusula de intangibilidad que directamente excluya ciertos contenidos (o ciertos resultados) de la reforma constitucional.

A lo ya dicho, cabe añadir que el procedimiento especialmente rígido regulado en el artículo 168 de la Constitución, sin expresamente autoincluirse este dentro de los objetos protegidos por ese mismo procedimiento, puede considerarse aplicable a dicho precepto en virtud de una determinada lectura de sus previsiones (esto es, siguiendo una de las opciones posibles de interpretación textual de su tenor literal). Ese entendimiento gramatical

consistiría en considerar que la supresión pura y simple de tal artículo (el artículo 168) afectaría, como literalmente en él se dice, a todos los objetos constitucionales cuya revisión expresamente queda sometida al procedimiento que el propio precepto establece cuando esa revisión constitucional sea parcial. Esto es, que la supresión del artículo 168 afectaría al título preliminar, al título I, capítulo segundo, sección primera, o al título III, de la Constitución, al modificar el régimen de reforma parcial de dichos objetos constitucionales.

Pero el interrogante no queda ahí. Es preciso plantearse también si hay alguna barrera o restricción de orden sustancial o material a la modificación del precepto regulador de la reforma constitucional agravada. En este sentido, no parece que una eventual revisión del artículo 168 permitiera prescindir del referéndum preceptivo y vinculante que al presente establece ese mismo precepto. La alteración del núcleo en él tutelado frente a la revisión parcial, y la modificación de todas las disposiciones constitucionales (el otro supuesto de aplicación del artículo 168) afectaría a contenidos que la Constitución originaria de 1978 quiere que estén especialmente protegidos en trance de reforma, porque revisarlos es algo más que la (otra) reforma parcial, aquella a la que se refiere el artículo 167 de la Constitución. Para esas alteraciones de especial calado, ha querido la Constitución su sometimiento a referéndum de ratificación de la Nación española (en el sentido del preámbulo) o del Pueblo español (en el sentido del artículo 1.2), y una previa disolución de las Cortes Generales, con igual apelación al pueblo, en el «ecuador» del procedimiento agravado de revisión constitucional. Esto es, que hable directamente la Nación o Pueblo (y por dos veces), con lo que, si se hace desaparecer el artículo 168 para unificar todas las reformas en el procedimiento del actual artículo 167, parece que una condición esencial de validez de semejante reforma constitucional sería, al menos, la pervivencia del referéndum preceptivo, y como mínimo respecto a los contenidos constitucionales a día de hoy protegidos por el artículo 168, modificando en tal sentido el artículo 167.

Probablemente la previsión de la disolución de las Cortes Generales y la elección de otras nuevas a lo largo del actual procedimiento agravado sea lo más parecido que en la Constitución española de 1978 puede hallarse a una asamblea constituyente o a una convención constitucional. Una alternativa, *Constitutione ferenda*, al actual contenido del artículo 168, o para su eliminación con el consiguiente traslado de un carácter menos rígido del procedimiento de reforma a un también hipotéticamente reformado artículo 167, podría ser prescindir de la disolución de las Cortes Generales (lo que llevaría aparejado el fin del cese consiguiente del Gobierno y la necesidad de investidura de uno nuevo tras la constitución de las nuevas cámaras electas), y prever una convocatoria electoral por sufragio universal para elegir una asamblea constituyente o una convención constitucional, específica y exclusivamente encargada(s) de elaborar la Constitución resultante de la revisión total. No habría impedimento material a esa alternativa en el texto constitucional, pero sí el condicionante procedimental que, pese a haberse creído generalmente lo contrario hasta ahora, deriva del artículo 168 en relación con su propia reforma. Habría que observar el vigente procedimiento agravado para llevar a cabo una operación como la recién descrita.

Otra modificación posible, para la que en principio no hay límite material obstativo, sería la alteración de la literalidad actual del artículo 166 para ampliar la iniciativa de reforma o revisión constitucionales, y extenderla también a la iniciativa popular (con iguales o superiores requisitos en términos de número de firmas). Lo último sería más coherente con el hecho de la necesaria aprobación parlamentaria de la reforma constitucional mediante mayorías reforzadas. Tampoco hay límite para reformas como las reglas denominadas en Estados Unidos de *single subject* o de *separate vote* en caso de enmiendas parciales temáticamente heterogéneas (mayores detalles sobre este tipo de condicionantes procedimentales a la reforma de las constituciones estatales norteamericanas en Williams [2009]).

La vía de incorporación al texto constitucional dependería del procedimiento, ordinario o agravado, a que afectase una reforma de tal contenido. Si solo al primero, sería de observancia, también, el procedimiento ordinario. Si solo al segundo, entonces lo sería el agravado. Y si a ambos, las opciones residirían en tramitarlo como iniciativas separadas, cada una regida por el procedimiento del precepto respectivamente reformado (el artículo 167 o el artículo 168). La tramitación conjunta, si es todavía una reforma parcial de la Constitución, no sería viable, al someter cuestiones propias del artículo 167 a la mayor rigidez que deriva del artículo 168. Igualmente, carece de barrera material impeditiva una modificación que explicita el *quorum* de decisión del referéndum de ratificación de la reforma o la revisión constitucionales, pudiendo, por ejemplo, equipararlo a las mayorías parlamentarias cualificadas respectivas de los procedimientos ordinario y agravado, por razones de congruencia con el hecho de que habla entonces la Nación o el Pueblo, y para alterar el pacto constitucional mediante mayorías equiparables a las que cosechó la aprobación inicial en referéndum de ese mismo pacto el 6 de diciembre de 1978.

Finalmente, y a reserva, como se decía, de la posible actualización e identificación de nuevos límites implícitos a la vista del contenido concreto de alguna reforma o revisión jurisdiccional impugnada ante el TC, cabe mencionar un último límite material implícito en la Constitución al tipo de reformas o revisiones que aquí se hallan bajo análisis. No caben derogaciones singulares de los procedimientos generales de reforma constitucional *more italico* (entre otros, Carnevale, 2013; De Fiores, 1993; Di Giovine, 1997; Ferri, 2001; Modugno, 1998; Pace, 1997; Pace, 1997; Pizzorusso, 1999) para materias igualmente singulares.

El modo en que la Constitución española organiza el tema de su reforma desconoce la categoría de las leyes constitucionales desgajadas del texto de la Constitución al estilo italiano recién mencionado, o al modo austríaco (donde es posible introducir preceptos de rango constitucional en leyes ordinarias, aunque tramitando esos preceptos conforme al correspondiente procedimiento de enmienda constitucional). Parafraseando lo que se dijo en la DTC 1/1992, ninguna otra fuente de derecho interno posee fuerza para modificar tácitamente la Constitución, ni para hacerlo, además, fuera del texto de esta. Semejante tipo de derogaciones tácitas, extrayendo del ámbito de aplicación de los procedimientos generales de reforma o revisión constitucionales a una materia o iniciativa concreta para someterla a un procedimiento específico diferenciado de aquellos, pugna con el principio de

igualdad, que, con el carácter de derecho de reconocimiento constitucional, e incluso de valor superior del ordenamiento jurídico, erigen una barrera material a la reforma o revisión de la propia Constitución.

4. Límites derivados del Estado social y democrático de derecho, de los partidos políticos y de otros contenidos del título preliminar de la Constitución

Otro tanto, en punto a los límites constitucionales materiales a la reforma de la propia Constitución, puede decirse del Estado social y democrático de derecho. Democracia y Estado de derecho son elementos nucleares, pilares básicos, del constitucionalismo. Su eventual supresión del texto constitucional por vía de reforma del mismo tampoco tendrá como resultado que el nuevo texto enmendado pueda considerarse una Constitución, por lo que no se estaría ante la reforma o revisión constitucionales que autoriza la propia Constitución española de 1978, sino ante una ruptura de la misma, incompatible, como ya se vio, con ella. En cuanto al Estado social, su eliminación acarrearía la supresión de un tipo de derechos constitucionales, los sociales, y de una de las manifestaciones básicas de la igualdad, cual es la igualdad material, con lo que entraríamos también en el ámbito de otro de los límites materiales esenciales a la reforma y revisión constitucionales, como posteriormente se verá en el subapartado pertinente de este mismo trabajo (los derechos fundamentales como límite a la revisión de la Constitución).

La síntesis armónica de los tres elementos (democracia, Estado social y Estado de derecho) condensada en el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 es insuprimible en cuanto tal, y tampoco cabe descomponer o desglosar la fórmula en sus tres componentes, respectivamente inderogables cada uno de ellos por separado, porque la propia síntesis de los tres es, en sí misma, esencial para la permanencia de «la constitucionalidad», y de la permanencia de esta Constitución. Su desaparición sería también un cambio «de Constitución», y no un cambio «en esta Constitución», siendo lo primero incompatible con el concepto de reforma o revisión constitucionales asumido en el título X de la Constitución española de 1978, y compatible con él solo lo segundo (un cambio *en* la Constitución sin cambiar *de* Constitución).

Algo similar cabe aducir respecto al papel de los partidos políticos (artículo 6 de la actual Norma Fundamental), con la consiguiente imposibilidad jurídica de suprimirlos por vía de reforma de la Constitución, dada la múltiple conexión de los partidos políticos con contenidos constitucionalmente resistentes a la noción de reforma y revisión constitucionales asumida en el título X de la propia Constitución. De un lado, con la democracia (esto es, con el componente democrático de la fórmula definitoria establecida en el artículo 1.1 de nuestra Carta Magna). También, con el valor superior del pluralismo político (asimismo, artículo 1.1 del texto constitucional). Y de otro lado, con los derechos fundamentales. Al menos, con los de sufragio (artículo 23, este también claramente enraizado en el aspecto democrático de la

misma fórmula definitoria del Estado contenida en el artículo 1.1), y de asociación (artículo 20), clásico y esencial derecho fundamental, una de cuyas vertientes quedaría indebidamente suprimida, vulnerando, no uno, sino varios límites materiales que de la conjunta, sistemática y teleológica interpretación del texto constitucional jurídicamente se desprenden. Igual sucede con el papel de los sindicatos (artículo 7), al menos, y no solo, por motivo de la conexión de los mismos con diversos derechos fundamentales, de los que forman parte inescindible de su respectivo contenido esencial (libertad sindical, derecho de huelga, medidas de conflicto colectivo, etc.).

Ahora bien, no todos los preceptos del título preliminar tienen esta dimensión de límite material absoluto a la reforma o revisión de la Constitución, como sí la tienen desde la perspectiva formal atenta al procedimiento que resulta aplicable a una u otra, pues la afectación a estos otros contenidos no materialmente limitadores a la reforma constitucional ubicados en este título (el preliminar) es criterio de determinación de la recta elección entre los respectivos trámites previstos para la reforma o la revisión constitucionales en los artículos 167 y 168, como es bien conocido. En cambio, aspectos regulados en el título preliminar como la capitalidad, la bandera, la lengua o la mención a las Fuerzas Armadas, son modificables por la vía del artículo 168, y algunos son incluso suprimibles a través de la misma vía procedimental (hay Estados que carecen de reglas al respecto, y no dejan de ser Estados dotados de una Constitución en el sentido técnico del término). No son los recién mencionados contenidos del título preliminar de la Constitución de 1978 elementos esencial y materialmente definitorios de «lo constitucional», y en consecuencia, pueden tanto modificarse como, en los casos señalados, alternativamente, incluso suprimirse, sin traspasar límite material a la revisión o reforma de la Constitución.

5. Enmienda constitucional y forma de gobierno

Continuando con elementos pertenecientes al título preliminar y su eventual valor jurídico de límite material a la revisión o reforma constitucionales (o su hipotética carencia de tal valor), hay que hacer mención específica al artículo 1.2, y los dos aspectos que componen la definición de la forma política del Estado español como monarquía parlamentaria, proclamada en el precepto. De una parte, la configuración de la jefatura del Estado como monarquía. De otra parte, la conformación de la denominada forma de gobierno, esquema concreto de relación entre los poderes ejecutivo y legislativo del Estado, lo que a la postre no es sino la plasmación concreta en esas relaciones, entre las varias modalidades que al efecto ofrecen la teoría política y el derecho constitucional comparado, del clásico principio de separación de poderes, nota conceptual esencial definitoria del constitucionalismo, y, por tanto, de «lo constitucional» (esto es, de lo que materialmente es una Constitución).

La propia diversidad de paradigmas en cuanto a ambas cuestiones en el panorama comparado es fuerte indicio de que caben modificaciones constitucionales a las dos sin

traspasar jurídicamente límite material alguno, siempre que la opción lo sea respetando las demás coordinadas sustantivas básicas que ya se han indicado (respeto a la democracia, a los derechos fundamentales, al Estado de derecho, etc.). Esto es, no el cambio hacia formas pasadas como monarquías constitucionales o absolutas, o bien dictaduras no monárquicas de diverso signo (cesaristas, militares, clericales, etc., o sus combinaciones), que sí vulnerarían los límites sustanciales a que debe atenerse la revisión o reforma del texto constitucional. A través del artículo 168 se puede, pues, modificar la forma de gobierno. Cambiar el esquema de relación entre ejecutivo y legislativo por otro entre las formas de gobierno posibles, o cambiarlo solo parcialmente para una mayor racionalización de la actual forma de gobierno.

6. Reforma constitucional e inviolabilidad de los derechos fundamentales

Claro límite constitucional material a la reforma de la Constitución es la indemnidad de los derechos fundamentales. Ello no implica la imposibilidad de modificar los enunciados relativos a dichos derechos, pero sí la interdicción de suprimir estos últimos total o parcialmente, con lo que esa supresión deviene jurídicamente inasequible a la revisión o reforma de la Constitución española de 1978. Sí cabe la adición de otros nuevos derechos, o mejorar o aumentar, en contenido o en garantías, los ya existentes (por ejemplo, eliminar, total o parcialmente, la sustracción de garantías que el artículo 53.3 efectúa para el capítulo III del título I). En este sentido, el límite material opera con mayor amplitud que el ámbito formal de exclusión del procedimiento ordinario de reforma constitucional del artículo 167, delineado por el artículo 168, que este ciñe solo a la sección 1.^a del capítulo segundo del título I. El límite material, en cambio, protege a todo el título I, y opera también frente a la revisión constitucional en el sentido del recién citado artículo 168 del texto fundamental español de 1978.

El fundamento jurídico-positivo de tal límite o barrera material es múltiple. Uno de ellos es el apuntado en su día por Jiménez Campo (1980, p. 92): la mención al carácter inviolable de los derechos efectuada en el artículo 10.1, que se impondría también al poder de revisión o reforma de la Constitución. En efecto, se estaría, cabe añadir, ante un supuesto especialmente cualificado del sometimiento de este poder a la Constitución, en cuanto poder público, que dispone el artículo 9.1. El vigoroso adjetivo empleado en el artículo 10.1 se suma así al principio de sujeción de todos los poderes públicos, entre ellos el de revisión o reforma constitucionales, a la Constitución (de la que obviamente forma parte el propio artículo 10.1).

El límite no solo es jurídicamente operativo en caso de una eliminación completa de todos los derechos como eventual contenido de una revisión constitucional. Esa operatividad también concurre ante una supresión parcial, pues respecto al ámbito en el que pudiese

operar esa eliminación, la revisión constitucional que así hiciera sería, en toda la extensión de semejante eliminación parcial de derechos, una ruptura incompatible con la noción de reforma empleada en la rúbrica del título X, y con la de revisión y reforma utilizada, dentro de él, por los artículos 167 y 168. Tal restrictiva revisión constitucional carecerá de la condición de Constitución, y por tanto no será un resultado de la reforma jurídicamente permitido por el título X de esta. Se trataría de un acto *ultra vires*, sin que impida tal conclusión el dato de que el exceso de lo constitucionalmente autorizado a la propia reforma o revisión constitucional se produzca en la cúspide del ordenamiento y del sistema de fuentes del Derecho. Y como tal *ultra vires*, en la medida en que el mismo se produzca, su producto, la aparente reforma o revisión constitucional, incurriría en nulidad por contravención del título X de la propia Constitución, pudiendo sobrevivir jurídicamente tan solo los contenidos eventualmente adicionales de la revisión o reforma en cuestión que no realicen tal ablación de derechos, ni traspasen otros límites materiales.

Cabe añadir un adicional argumento limitativo, de derecho constitucional vigente, a reformas restrictivas o supresoras de derechos constitucionales de las personas. Se trata del artículo 53, en sus apartados primero y segundo, de la propia Constitución, en los que cabe ver, no solo adicional expresión jurídico-positiva de la inviolabilidad de los derechos a que se refiere el artículo 10.1. También es fundamento, o más bien, adicional confirmación específica, de la justiciabilidad de reformas constitucionales restrictivas de derechos, cuando dice que la protección de los derechos a que uno y otro apartado se refieren, se llevará a cabo en el marco del artículo 161.1.a), o, en su caso, a través del recurso de amparo constitucional. Lo cual, dicho sea de paso, también es conformación de la imposibilidad de suprimir el TC por vía de revisión o reforma de la Constitución, erigiendo una suerte de garantía institucional del referido tribunal, al menos en el respectivo ámbito de aplicación de uno y otro apartado del precepto, que se suma a los límites materiales generales a la reforma constitucional antes examinados en relación con la mencionada corte.

7. Reforma constitucional y organización territorial

También es relevante el problema de los límites materiales eventualmente concurrentes a la reforma constitucional en relación con otro de los contenidos clásicos de toda Constitución, cual es el modelo de organización territorial del Estado. La cuestión, como es bien sabido, tiene doble sede de regulación constitucional (en el título preliminar, artículos 2, 3 y 4; y en el título VIII, capítulos 1 y 3). Y esa duplicidad es asimismo doblemente relevante. Lo es desde la perspectiva estrictamente formal, relativa a la correcta selección del procedimiento de enmienda aplicable (el regulado en el artículo 168 para la primera de esas ubicaciones, y el previsto en el artículo 167 para la segunda), aspecto que es justiciable mediante un control jurisdiccional de la constitucionalidad formal o procedimental de la reforma constitucional. Pero esa duplicidad de ubicación constitucional es igualmente significativa, y esta es la óptica con que se analizará a continuación, desde la perspectiva de la

existencia o no de límites jurídicos materiales a revisiones o modificaciones constitucionales que lo sean, justamente, del modelo de organización territorial.

En este sentido, hay que señalar en primer término que resulta indiferente, desde el prisma de la justiciabilidad material de tal tipo de revisiones o reformas constitucionales incidentes sobre el modelo de organización territorial del Estado, el procedimiento (presuponiendo una elección correcta del mismo) de revisión o reforma que efectivamente se hubiere seguido. Los eventuales límites materiales no lo son solo al poder de reforma constitucional parcial regulado en el artículo 167, sino también al de revisión total o parcial que disciplina el artículo 168. La cuestión es si el modelo territorial concretamente escogido en la redacción originaria de la Constitución de 1978 es insustituible o no intercambiable por otro distinto a través de reforma o revisión.

El núcleo normativo del modelo territorial que anida en el título preliminar de la Constitución española de 1978 solo es disponible para el poder de revisión constitucional previsto en el artículo 168 de aquella, lo que jurídicamente condiciona, por razones de adecuación procedimental, toda reforma parcial que pretendiera emprenderse, incluso, solo del título VIII, si la misma afecta, por su contenido concreto, al del artículo 2 del texto constitucional o a su ámbito de aplicación, sin alterar la redacción de este último precepto. Modificar el modelo de organización territorial del Estado e instaurar otro distinto, qué duda cabe, es posible para el poder de revisión previsto en el artículo 168 de la Constitución (no así para el de reforma parcial regulado en el artículo 167, al menos en lo que «toque» al título preliminar). Resta por plantear, como cuestión abierta, si la persistencia de institutos preexistentes a la Constitución, que esta, propiamente, no constituye, sino que reconoce como realidad preexistente, como ocurre con su actual disposición adicional 1.^a, modularía en cierta medida esta idea de apertura a la instauración de un modelo territorial distinto (según un planteamiento similar al de la garantía institucional que acogió la STC 76/1988 en relación con la referida disposición adicional 1.^a), y si la hipotética eliminación completa de esa realidad, precisamente por su preexistencia, no supondría realmente una ruptura (un cambio de Constitución) y no una revisión (un cambio en esta Constitución), incluso total, siendo esto último lo previsto en su título X y no lo primero, como ya se ha señalado.

Con todos los antecedentes matices, el artículo 2 de la actual Constitución es revisable, y no afecta ni a la estatalidad, ni al carácter de Estado social y democrático de derecho, aspectos que, al igual que el reconocimiento de derechos fundamentales, no dependen del modelo territorial que en cada momento se escoja y aplique. En esa misma medida, la decisión en tal sentido es una *political question*, jurídicamente incoercible, abierta al poder de revisión total o parcial de la Constitución (el previsto en el artículo 168), en lo que se refiere a la alteración del tenor de los artículos del título preliminar relativos al modelo territorial (principalmente el artículo 2, pero también los artículos 3 y 4), y, en su caso, modificados dichos contenidos normativos, y en coherencia con ellos, al poder de reforma parcial de la Constitución (el regulado en el artículo 167) en relación con el título VIII de esta. Tales opciones, dentro de los márgenes limitativos expuestos, dependen de la voluntad democrática de la

ciudadanía y de su representación en las instituciones electivas por sufragio universal, y son por ello, nuevamente y en terminología del Tribunal Supremo norteamericano, *political questions* o indiferentes jurídicos, de modo que una decisión en tal sentido es posible con arreglo a los procedimientos de enmienda, cada uno en su ámbito de aplicación, que establece la Constitución española en su título X.

8. Reformas ordinarias que «afecten» a disposiciones no reformadas que se ubican en «zona de reforma agravada»

Sin abandonar una interpretación exclusivamente literal del verbo «afectar», empleado en el artículo 168 de la Constitución para referirse al ámbito normativo reservado a la reforma parcial agravada, igualmente es oportuno plantear si, aun tratándose de una enmienda constitucional de algún artículo que no tenga ese emplazamiento (esto es, que no forme parte del título preliminar, de la sección 1.^a del capítulo segundo del título I, o del título II), el cambio que se introduzca en la disposición no situada en «zona de reforma agravada» afecte a alguna otra que sí lo esté. En tal escenario, sigue cumpliéndose la literalidad del artículo 168 de la Constitución, pues aunque no sea una disposición de (o perteneciente a) esos títulos y sección, la reforma sí que estaría afectando a uno de esos mismos títulos o sección. Nótese, continuando con el argumento estrictamente literal, que la condición desencadenante de la aplicabilidad del procedimiento agravado de revisión constitucional parcial no es que la reforma sea *de* los artículos pertenecientes a esos títulos o sección, sino que la reforma *afecte a* estos últimos.

Puede entenderse que la afectación a la que se refiere el artículo 168 de la Constitución española es un concepto material, dependiente, no solo de la numeración del artículo o su ubicación en el título, o, en su caso, capítulo y sección constitucional en que efectivamente se halle emplazado, sino conectada también al contenido concreto de la disposición sujeta a la revisión o enmienda. El criterio determinante de la recta selección del trámite de reforma constitucional de observancia, en tal caso, vendría dado por el nuevo contenido o tenor que adquiera el precepto reformado como consecuencia de la revisión o enmienda. Esto es, lo relevante tal vez no sea que el precepto sometido a reforma esté ubicado en el título VIII, sino también si la nueva redacción que se le dé afecte o no, en el sentido de que lo modifique o no, al contenido regulador, o al ámbito de aplicación, de reglas emplazadas dentro de los títulos o de la sección reservados por el artículo 168 al procedimiento agravado de revisión constitucional cuyo enunciado no haya sido alterado por obra de la enmienda aprobada a la Constitución.

El emplazamiento de las disposiciones constitucionales sometidas a reforma es un criterio exegético seguro a la hora de interpretar el artículo 168 en lo que respecta a cuándo hay que seguir el trámite agravado que en ese precepto se establece para llevar a cabo una reforma constitucional. Y es, asimismo, el primer patrón hermenéutico a aplicar en la

recta selección del procedimiento aplicable a esa reforma, por ser tal criterio (el del emplazamiento o ubicación constitucional de la disposición sometida a enmienda o revisión) producto directo de una lectura textual o literal del propio artículo 168. Pero no parece que sea la única pauta exegética gramatical a considerar en la adecuada elección del procedimiento aplicable a la enmienda constitucional. La razón de que pueda no bastar, aunque sí sea necesario, el criterio «topográfico», es que la literalidad del artículo 168 no se limita al emplazamiento del precepto o preceptos constitucionales en trance de reforma. Esa misma literalidad incluye también el criterio de la afectación. Y, como ya se ha visto, además de la mera referencia al emplazamiento (y consiguientemente, a la numeración) del precepto objeto de reforma o revisión, el criterio de la afectación tiene una dimensión que excede de lo meramente «topográfico», y se extiende a las conexiones intraconstitucionales entre preceptos diversos con un mismo o común objeto, en una lectura necesariamente sistemática y conjunta de la globalidad de la Constitución.

Si hay afectación o no a los títulos o sección reservados a reforma constitucional parcial agravada por el artículo 168 probablemente requiera confrontar jurídicamente el tenor modificado propuesto del enunciado constitucional sometido a reforma o revisión con el contenido de los preceptos que componen esos títulos y sección, aunque el artículo constitucional concreto sometido a enmienda no se halle emplazado en esos mismos títulos, o en esa misma sección. Tal confrontación permitiría determinar si la modificación proyectada de precepto o preceptos constitucionales con distinta ubicación altera jurídicamente el contenido o el ámbito de aplicación de disposiciones constitucionales emplazadas en alguno de los títulos o en la sección mencionados en el artículo 168, incluso aunque no se remitan o se refieran a estas últimas (esto es, si hay una reforma o modificación tácita de alguno de tales preceptos constitucionales emplazados en dichas ubicaciones).

Obvio es que las conexiones, interrelaciones e interferencias recíprocas entre preceptos de un mismo texto normativo no son necesariamente solo numéricas, ni únicamente de emplazamiento, aunque ambos criterios también sean relevantes en la exégesis jurídica. Por el contrario, tales conexiones son esencialmente de contenido, de manera que la modificación en la redacción de un precepto constitucional puede no aislar sus efectos solo a ese precepto, sino incidir también en el contenido o ámbito de aplicación de otros preceptos constitucionales, incluso aunque la redacción de estos otros preceptos constitucionales afectados no sea objeto directo de la reforma o revisión.

Valga un ejemplo hipotético. Una reforma de un precepto incluido en el título V que altere el actual sistema de elección y cese del presidente del Gobierno y lo reemplace por un sistema de elección popular directa no está en «zona del artículo 168», si se opta solo por el criterio del emplazamiento o enclave constitucional como pauta de selección del adecuado procedimiento de reforma. Pero lo estará si, al llevar a cabo tal modificación, se estuviera afectando con ella al artículo 1.3, precepto este sí incluido en esa «zona» (título preliminar), porque la forma política del Estado español ya no sería una monarquía parlamentaria, como en tal situación seguiría diciendo dicho precepto, sino que pasaría a ser una monarquía

presidencialista. Pese a que la literalidad del artículo 1.3 de la Constitución quedase inalterada tras la mencionada reforma, la privación de contenido de dicho artículo sería total. Al menos en cuanto al componente del precepto que hace referencia a la forma de gobierno (no, en cambio, en cuanto a la designación y funciones de la jefatura del Estado, para la que cualquier modificación necesariamente debe seguir el trámite prescrito en el artículo 168, según lo ya señalado).

9. ¿Es incompatible la actual jurisprudencia constitucional sobre el sentido y alcance del artículo 168 de la Constitución con la doctrina de la *unconstitutional constitutional amendment* y su control jurisdiccional?

Una última cuestión, aunque de la mayor relevancia, resta por examinar en relación con el problema del control jurisdiccional de constitucionalidad material de la reforma de la Constitución. Se trata de la doctrina establecida por el TC acerca del alcance y posibilidades del empleo del procedimiento de reforma agravada de la Norma Fundamental que se establece en el artículo 168 de esta. Esa jurisprudencia se ha acuñado, esencialmente, en relación con las resoluciones y medidas legislativas aprobadas, en algunos casos recientemente, en otros hace aproximadamente una década, respectivamente, en Cataluña y País Vasco, respecto al encaje (o desgajamiento) de las respectivas comunidades autónomas en el Estado.

Se trata, fundamentalmente, de las SSTC 103/2008 (NCJ046803), de 11 de septiembre (resolviendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política»); 259/2015 (NCJ060675), de 2 de diciembre (resolviendo la impugnación basada en el título V de la LOTC que formuló el Gobierno contra la resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015), y 136/2018 (NCJ063721), de 13 de diciembre (que dio resolución a otra impugnación del Gobierno, basada también en el título V de la LOTC, en relación con los apartados 1 a 5 de la Moción 5/XII del Parlamento de Cataluña, aprobada en la sesión de 5 de julio de 2018, sobre la normativa de dicho Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional).

Así, la primera de tales sentencias (FJ 4.º) señalaba que el procedimiento que se quería abrir con la ley vasca impugnada afectaba al conjunto de los ciudadanos españoles, al abordar en dicho procedimiento la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación, y debía tener como cauce procedimental la revisión formal de la Constitución por la vía del artículo 168 de la Constitución, es decir, con la doble participación de las Cortes y del pueblo español titular de la soberanía directamente a través del preceptivo

referéndum de ratificación. Añadía la sentencia que se afectaba al fundamento del orden constitucional vigente por suponer la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano, o al menos la relación que solo el sujeto soberano puede establecer entre el Estado y las comunidades autónomas, y que ello únicamente puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional, siendo un asunto reservado en su tratamiento institucional al procedimiento del artículo 168 de la Constitución. Más adelante, argumenta la resolución, en la misma línea, que el respeto a la Constitución impone que proyectos de revisión del orden constituido, especialmente los que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines.

En las resoluciones relacionadas con Cataluña, la pauta argumental es similar. La STC 259/2015, dice (FJ 3.º), acerca de la Resolución del Parlamento Catalán sobre el inicio del proceso político en Cataluña tras las elecciones de 27 de septiembre de 2015, que la aspiración política a la que responde dicha resolución puede defenderse respetando la Constitución y, singularmente, los procedimientos para su revisión formal, y que el Parlamento de Cataluña, al adoptar la referida resolución en los términos en que lo hizo, estaba excluyendo la utilización de los cauces constitucionales (precisamente, el artículo 168 de la Constitución) para la conversión en un Estado independiente. La misma sentencia, a la que cita la posterior STC 123/2018 (NCJ063661), añade en su séptimo fundamento jurídico que la Constitución como ley superior no pretende para sí la condición de *lex perpetua*, sino que admite y regula su revisión total (art. 168), el cual asegura que solo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, literalmente, «del poder de modificar sin límites la propia Constitución» (expresión que aparece también en la STC 103/2008 [NCJ046803] antes citada, a la cual se hace remisión). Y continúa señalando la referida Sentencia 259/2015 (FJ 7.º), que todas y cada una de las determinaciones constitucionales son susceptibles de modificación, «siempre y cuando ello no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales», pero siendo preciso para ello que «el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a estos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable» (STC 138/2015 [NCJ059806], de 11 de junio, FJ 4.º, y jurisprudencia allí citada).

En resumen, el TC afirma en las resoluciones reproducidas que el artículo 168 de la Constitución permite reconsiderar la identidad y unidad del sujeto soberano, que ello puede ser objeto de consulta popular por la vía del referéndum de revisión constitucional previsto en el precepto, que este ofrece el cauce que una comunidad autónoma (generalizando a partir del sujeto pasivo de la impugnación, que fue Cataluña) ha de seguir para convertirse en Estado independiente, y que, no pretendiendo ser la Constitución de 1978 una *lex perpetua*, los ciudadanos disponen del poder supremo, esto es, de modificar sin límites la propia Constitución. Estas líneas argumentales, que en el momento actual son la interpretación «oficial» y suprema de la Constitución, al proceder del TC (art. 122.1 de esta, y art. 1 de la LOTC),

abren un claro interrogante sobre el análisis de los límites materiales a la reforma constitucional efectuado anteriormente, pues no casarían con dicha jurisprudencia constitucional.

Sin perjuicio del necesario y deseable debate académico a tal respecto, resta, para cerrar este trabajo, plantear al menos el interrogante en torno al valor de *rationes decidendi* o de *obiter dicta* de las respectivas motivaciones de las resoluciones del Tribunal Constitucional recién mencionadas. Si son lo primero, relativizan, o sencillamente se oponen, al desarrollo precedente efectuado en el presente trabajo sobre la cuestión del control de los eventuales límites materiales a la reforma constitucional agravada, simple y llanamente, porque esos límites no existirían, al menos en la visión hasta ahora «oficial» del supremo intérprete de la Constitución que, según lo aquí defendido, sería el competente para realizar el control de constitucionalidad de eventuales reformas constitucionales materialmente inconstitucionales. O bien al menos, si no lo anterior, plantearían la oportunidad o necesidad de realizar una eventual contextualización de esa misma jurisprudencia, teniendo en cuenta que esta ha sido pronunciada cuando el objeto de la impugnación a resolver en las respectivas sentencias han sido disposiciones de rango infraconstitucional, precisamente por no haber sido tramitadas con arreglo al artículo 168 de la Constitución.

Teniendo presente que las cuestiones que plantean las iniciativas autonómicas sobre las que versan esas resoluciones del TC se sitúan claramente en el núcleo duro del título preliminar de la Norma Fundamental, ¿esta jurisprudencia sería la misma si se hubiese empleado el artículo 168 de la Constitución y el correspondiente texto (o serie de textos, y actos aplicativos hipotéticos, eventualmente) en cada caso impugnado hubiera llegado a cognición del TC, y se basara la impugnación correspondiente en la transgresión de límites constitucionales materiales, derivables de interpretaciones sistemáticas y teleológicos, a la propia revisión constitucional? La respuesta a estas cuestiones ya no es abordable desde una perspectiva jurídico-constitucional como la que enmarca al presente trabajo, sino que se trata de un interrogante de «derecho constitucional-ficción» o, con mayor precisión, de «jurisprudencia constitucional-ficción».

Esto es, dependerá de que haya una reforma constitucional materialmente inconstitucional con las características apuntadas en este trabajo, y, sobre todo, de que, eventualmente instado el correspondiente control ante el TC, este mantenga la jurisprudencia aquí resumida, que se generó ante casos de reformas estatutarias o de normas autonómicas, en ambos supuestos de rango infraconstitucional, efectivamente acaecidas. Se trataría, pues, no de «hacer derecho constitucional», sino de intentar hacer «adivinación constitucional», algo que excede del objeto del presente trabajo, metodológicamente enmarcado en el derecho constitucional positivo y vigente. Lo que sí cabe poner de relieve es que el artículo 13 de la LOTC ofrecería margen al pleno del tribunal para especificar su jurisprudencia con respecto al particular supuesto de la reforma constitucional inconstitucional, si llegara el caso. Además de este último y no irrelevante matiz de derecho positivo español, puede allegarse un dato de derecho constitucional comparado: y es que este control jurisdiccional de constitucionalidad material de la reforma constitucional «se hace» en muchos

sistemas jurídicos, entre ellos, pero no solo, los de Austria, Colombia, Estados Unidos (al menos en las Constituciones estatales), India o Sudáfrica, aunque en otros no, como Italia o Alemania, por citar paradigmas «queridos» en nuestra tradicional doctrina constitucional (al respecto, entre otros, *vid.* Bernal Pulido, 2013; Cajas-Sarria, 2017; Halmai, 2012; Halmai, 2015; Ragone, 2012; Viciano Pastor y Moreno González, 2018).

La pregunta que las antecedentes reflexiones propician, y con la que este trabajo concluye, es la siguiente: si en otros sistemas constitucionales se puede controlar jurisdiccionalmente y, en su caso, anular una «reforma constitucional materialmente inconstitucional», ¿por qué no también aquí?

Referencias bibliográficas

- Albert, R. (2015). Amending constitutional amendment rules. *International Journal of Constitutional Law*, 13(3), 655-685.
- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bardall, G. (2016). Coding competitive authoritarianism. *Zeitschrift Für Vergleichende Politikwissenschaft*, 10(1), 19-46.
- Bernal Pulido, C. (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), 339-357.
- Bernal Pulido, C. (2018). Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional: Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 59-99.
- Cajas-Sarria, M. A. (2017). Judicial review of constitutional amendments in Colombia: A political and historical perspective, 1955-2016. *The Theory and Practice of Legislation*, 5(3), 245-275.
- Cameron, M. A. (2018). Making sense of competitive authoritarianism: Lessons from the Andes. *Latin American Politics and Society*, 60(2), 1-22.
- Carnevale, P. (2013). Art. 138 vs. art. 138, ovvero del rivedere la revisione senza revisionarla. Qualche considerazione alla luce di un recente disegno di legge costituzionale. *Osservatorio Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, (Novembre), 1-22. <https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Carnevale%20ter.pdf>
- De Fiore, C. (1993). La commissione bicamerale per le riforme istituzionali e l'art. 138 cost.: I paradossi di una riforma. *Giurisprudenza Costituzionale*, 38, 1547.
- De Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- Di Giovine, A. (1997). Note sulla legge costituzionale n. 1 del 1997. *Quaderni Costituzionali*, 17(3), 381-416.

- Díaz Revorio, F. J. (1997). *La constitución como orden abierto*. McGraw-Hill-Interamericana de España.
- Doyle, O. (2017). Constitutional transitions, abusive constitutionalism and conventional constraint. *National Journal of Constitutional Law*, 37(1), 67.
- Dworkin, R. (1978). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.
- Faggiani, V. (2019). La «rule of law backsliding» como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE. *Revista Española de Derecho Europeo*, 71, 57-100.
- Ferri, G. (2001). *Il referendum nella revisione costituzionale*. Cedam.
- García Roca, J. (2017). De la revisión de las constituciones: Constituciones nuevas y viejas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 181-222.
- González-Jácome, J. (2017). From abusive constitutionalism to a multilayered understanding of constitutionalism: Lessons from Latin America. *International Journal of Constitutional Law*, 15(2), 447-468.
- Halmi, G. (2012). Unconstitutional constitutional amendments: Constitutional courts as guardians of the constitution? *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 19(2), 148-348.
- Halmi, G. (2015). Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective. *Wake Forest Law Review*, 50, 951-984.
- Halmi, G. (2018). Illiberal constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European perspective. *Paper presented at the Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, 85-104.
- Halmi, G. (2019). The making of «illiberal constitutionalism» with or without a new constitution: The case of Hungary and Poland. En David Landau y Hanna Lerner, *Comparative Constitution Making*, Edward Elgar Publishing, 302-323.
- Jiménez Campo, J. (1980). Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la constitución. *Revista de Derecho Político*, 7, 81-103.
- Kosař, D. y Šipulová, K. (2018). The Strasbourg Court meets abusive constitutionalism: Baka v. Hungary and the rule of law. *Hague Journal on the Rule of Law*, 10(1), 83-110.
- Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, 47, 189-260.
- Levitsky, S. y Way, L. A. (2002). Elections without democracy: The rise of competitive authoritarianism. *Journal of Democracy*, 13(2), 51-65.
- Levitsky, S. y Way, L. A. (2010). *Competitive authoritarianism: Hybrid regimes after the cold war*. Cambridge University Press.
- Modugno, F. (1998). Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale? (spunti problematici sulla costituzionalità della l. cost. n. 1/1997, istitutiva della commissione bicamerale per le riforme costituzionali), *Giurisprudenza Italiana*, 1, 620-624.
- Pace, A. (1997). Brevi note sulla sostanziale conferma dell'art. 138 cost. nel progetto della bicamerale. *Giurisprudenza Costituzionale*, 42, 4199-4206.
- Pace, A. (1997). *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. Cedam.
- Ragone, S. (2012). El control judicial de la reforma constitucional: Aspectos teóricos y comparativos. Editorial Porrúa.
- Roznai, Y. (2015). Towards a theory of unamendability. *New York University*



School of Law, Public Law Research Paper, 15(12).

Sieyès, E. J. (1789). *Qu'est-ce que le tiers-état?* (2.^a ed.).

Troncoso Reigada, A. (2000). Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático. En E. Espín Templado y F. J. Díaz Revorio (Eds.), *La justicia constitucional en el estado democrático* (pp. 399-454). Tirant lo Blanch.

Tushnet, M. (2014). Authoritarian constitutionalism. *Cornell Law Review*, 100(2), 391-462.

Tushnet, M. (2017). The possibility of illiberal constitutionalism. *Florida Law Review*, 69(6), 1367-1384.

Viciano Pastor, R. y Moreno González, G. (2018). Cuando los jueces declaran inconstitucional la constitución: La reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las cortes constitucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 165-198.

Williams, R. F. (2009). *The law of American State Constitutions*. Oxford University Press.



Responsabilidad patrimonial y covid-19. El principio de precaución como título de imputación

Eugenio Moure González

Abogado. Socio director de Eugenio Moure Abogados SLP

emoure@emoure-abogados.com | <https://orcid.org/0000-0002-2201-9939>

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

La pandemia debida a la covid-19 ha puesto al límite las capacidades de nuestro sistema público de salud. Quizás el único precedente similar se remonte a casi 40 años atrás en relación con la comercialización del aceite de colza desnaturalizado. La dimensión internacional de esta pandemia que tanto ha condicionado nuestras vidas en 2020 quizás transmita la impresión de que se trata de un mal inevitable; todos los países de nuestro entorno lo han sufrido con mayor o menor intensidad (aunque en el nuestro de una forma especialmente virulenta). Cabe plantearse, no obstante, si las Administraciones sanitarias han reaccionado a tiempo, incurriendo en un funcionamiento anormal que haya incrementado el riesgo propio de la enfermedad. Esta será una cuestión a la que intentaremos dar respuesta en clave del principio de precaución y de la transparencia que resulta inherente.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial; covid-19; principio de precaución.

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

Cómo citar: Moure González , E. (2021). Responsabilidad patrimonial y covid-19. El principio de precaución como título de imputación. *Revista CEFLegal*, 240, 67-98.



Administrative liability and covid-19. The precautionary principle as a means to be held liable

Eugenio Moure González

Abstract

The covid-19 pandemic has pushed our public health system capacities to the limit. Perhaps, the only similar precedent dates back almost forty years, relating to the toxic colza oil syndrome. The international scope of this pandemic that has so much conditioned our lives in 2020 May make it look like a necessary evil; every country similar to ours has suffered from it more or less intensely (although our country did in a particularly harsh way). One may, however, wonder whether the Public Health Bodies have timely reacted, breaching statutory duties and thus propelling the sickness own risks. A question we may address using the precautionary principle and all its inherent transparency.

Keywords: Administrative liability; covid-19; precautionary principle.

Citation: Moure González , E. (2021). Responsabilidad patrimonial y covid-19. El principio de precaución como título de imputación. *Revista CEFLegal*, 240, 67-98.





Sumario

1. Historia reciente de una pandemia: mensajes confusos antes de la tormenta perfecta
2. La Administración responsable de la salud pública: el faro que se apagó
 - 2.1. La salud pública como organización: un farero y 19 guardacostas
 - 2.2. La salud pública como derecho-deber: según el color de la bandera
 - 2.3. La salud pública como dique ante las pandemias: ¿riesgo, incertidumbre o ignorancia?
3. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: ¿quién paga el naufragio?
 - 3.1. Responsabilidad por omisión: el riesgo incrementado
 - 3.2. El principio de precaución como título de imputación
 - 3.3. El control judicial de la precaución debida
 - 3.4. El daño como pérdida de oportunidad y su sociabilización
4. El derecho internacional de la salud como tarea inacabada: un sistema que habrá que revisar ante futuras pandemias
 - 4.1. Su insuficiencia para abordar los retos actuales
 - 4.2. La producción normativa de la OMS: ¿*soft law* o *hard law*?
5. A modo de conclusión: ¿solidaridad social o fuerza mayor?

Referencias bibliográficas



1. Historia reciente de una pandemia: mensajes confusos antes de la tormenta perfecta

El 31 de diciembre de 2019 en China se declara la epidemia por un virus hasta entonces desconocido, con epicentro en la ciudad de Wuhan¹, y el 23 de enero de 2020 se decreta el confinamiento de su población. El 31 de enero de 2020 se conocen los primeros casos en Italia y el 23 de febrero se pusieron 11 localidades italianas en cuarentena ante la tercera muerte en su territorio. El 8 de marzo se extendió a Lombardía y a otras 14 provincias del Norte, y el siguiente día a todo el país.

El primer caso español diagnosticado fue el de un turista alemán en La Gomera el 31 de enero, mientras que en la Península se trató a una persona procedente de Italia el 26 de febrero. En esa misma fecha la cuenta oficial del Ministerio de Sanidad en Twitter (@sanidad-gob) advertía de que «al volver de una zona de riesgo puedes hacer vida normal, y si a los 14 días no has desarrollado síntomas, no es necesario tomar medidas»². El 3 de marzo solo se aconsejaba celebrar algunos encuentros deportivos a puerta cerrada en los que participasen equipos italianos y la suspensión de congresos y seminarios de profesionales sanitarios³, no así celebraciones multitudinarias, como las acontecidas el 8 de marzo o los encuentros deportivos profesionales, cuando ya se contabilizaban 589 casos en toda Es-

¹ Séptima ciudad de China por población con 11 millones de habitantes.

² En nota de prensa del Ministerio de Sanidad del día 25 de febrero solo se preveía la detección precoz en estos casos: «Las personas que presenten síntomas y que en los 14 días anteriores hayan estado en alguna de estas zonas de riesgo han de ser consideradas posibles casos y por tanto se deben realizar las pruebas y aplicar los procedimientos correspondientes». <<https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4799>>.

³ Nota de prensa del Ministerio de Sanidad del 3 de marzo. <<https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4803>>.

pañá. Solo al día siguiente se empiezan a tomar las primeras medidas por el Ministerio de Sanidad (suspensión de la actividad docente presencial, recomendación del teletrabajo o fomento del cuidado domiciliario de los mayores, entre otras)⁴, hasta la declaración del estado de alarma el día 14.

El 28 de enero la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomendaba «evitar las aglomeraciones y no permanecer con frecuencia en espacios cerrados y abarrotados»⁵. Solo dos días después declaró que el brote se trataba de una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) (en ese momento se habían diagnosticado más de 9.700 casos en China y 106 en otros 19 países). El 3 de febrero daba publicidad al Plan Estratégico de Preparación y Respuesta a este nuevo virus⁶, y el día 5 del mismo mes advertía de que representaba un elevado riesgo a nivel mundial. El 11 de febrero puso el nombre de covid-19 a la enfermedad por coronavirus (en sus siglas en inglés), y el 3 de marzo exhortaba a aumentar la producción de equipos de protección para el personal sanitario⁷.

El 11 de febrero el ministro de Sanidad Salvador Illa subrayó «que el Sistema Nacional de Salud está preparado para hacer frente a la situación. La probabilidad de que suponga un riesgo para la población en nuestro país se considera bajo»⁸. El 13 de febrero, en rueda de prensa tras la reunión de ministros de Sanidad de la Unión Europea (EPSCO) celebrada en Bruselas, nuestro ministro declaró: «España tiene suficiente suministro de equipos personales de emergencia en este momento»⁹.

⁴ Nota de prensa del Ministerio de Sanidad del 9 de marzo. <<https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notas-Prensa.do?metodo=detalle&id=4806>>.

⁵ También recomendaba lo siguiente: «Mantener al menos un metro de distancia de cualquier persona con síntomas respiratorios de infección por 2019-nCoV (por ejemplo, tos y estornudos); lavarse las manos frecuentemente con una solución hidroalcohólica si no están visiblemente sucias, y con agua y jabón si están sucias; al toser o estornudar, cubrirse la boca y la nariz con el codo flexionado o con un pañuelo de papel, desechar este inmediatamente y lavarse las manos; abstenerse de tocarse la boca y la nariz». Documento: *Consejos sobre la utilización de mascarillas en el entorno comunitario, en la atención domiciliaria y en centros de salud en el contexto del brote de nuevo coronavirus (2019-nCoV)*. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/330999/WHO-nCov-IPC_Masks-2020.1-spa.pdf>.

⁶ El plan se centra en poner en marcha con rapidez la coordinación y el apoyo operativo a nivel internacional, y ampliar y agilizar en lo necesario las operaciones de preparación y respuesta de los países.

⁷ «Sin cadenas de suministro seguras, el riesgo para los trabajadores sanitarios en todo el mundo es real. La industria y los gobiernos deben actuar con rapidez para estimular el suministro, reducir las restricciones a la exportación y poner en marcha medidas con las que detener la especulación y el acaparamiento. No podemos detener la covid-19 sin proteger primero a los trabajadores sanitarios», dijo el director general de la OMS, el Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus. <<https://www.who.int/es/news-room/detail/03-03-2020-shortage-of-personal-protective-equipment-endangering-health-workers-worldwide>>.

⁸ Nota de prensa del Ministerio de Sanidad. <<https://puntocritico.com/ausajpuntocritico/wp-content/uploads/2020/03/nota-prensa-11-febrero-2020-ministerio.pdf>>.

⁹ Nota de prensa del Ministerio de Sanidad del 13 de febrero. <<https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notas-Prensa.do?metodo=detalle&id=4792>>.



El Consejo de la Unión Europea (UE) publicó en el Diario Oficial de la UE del 20 de febrero las conclusiones con motivo de la expansión del brote covid-19, instando a tomar, en otras medidas, que «el personal hospitalario que trate a los pacientes disponga de protección adecuada; y que se cumplan las recomendaciones de la OMS formuladas sobre la base del RSI, el trabajo el Comité de Seguridad Sanitaria, el asesoramiento del EDIC y los planes y orientaciones nacionales»; y pedía a la Comisión que se «siga examinando todas las posibilidades disponibles, especialmente la contratación conjunta, para facilitar el acceso necesario a los equipos de protección individual que los Estados miembros necesitan, a fin de minimizar su potencial escasez».

Entre la declaración por la OMS de la covid-19 como EIIISP (el 30 de enero) y la adopción de las primeras medidas a nivel comunitario en nuestro país (el 9 de marzo) transcurrieron cinco semanas en las cuales el virus circuló sin control alguno, y lo que es más importante, como luego veremos, sin que se tomaran tres medidas de trascendental importancia: la adquisición de equipos de protección individual (EPI) para el personal sanitario, la adopción de restricciones para evitar concentraciones masivas de personas y la información a la ciudadanía en aras de procurar su protección individual y el cuidado de los más vulnerables (nuestros ancianos).

El 14 de marzo se inicia el estado de alarma que dio lugar, tras el real decreto-ley que lo declara, a un frenesí normativo, al mismo ritmo que a una ascendente curva de contagiados y fallecidos, a la que se quería aplanar lo antes posible con el confinamiento general de la población, e incluso con una hibernación de las actividades productivas, salvo las declaradas esenciales, al tiempo que se producían los temidos daños colaterales sobre la economía y el empleo.

Al margen de los perjuicios económicos –que serán terribles por el cierre de empresas, negocios y el consiguiente incremento de la tasa de desempleo– este trabajo pretende indagar en la posible responsabilidad de las Administraciones públicas sanitarias en el control interno de una pandemia, por el incumplimiento de sus deberes en materia de salud pública y la consiguiente lesión del derecho constitucional a la protección de la salud desde la perspectiva del principio de precaución. Demostraremos que la tormenta perfecta ha sido la conjunción de una pandemia inédita en el mundo occidental con un exceso de confianza, que nos expuso a la debilidad de una falsa seguridad.

2. La Administración responsable de la salud pública: el faro que se apagó

2.1. La salud pública como organización: un farero y 19 guardacostas

El artículo 43 de la Constitución española reconoce el derecho a la protección de la salud y la responsabilidad de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública, com-

petencia cuya transferencia a las comunidades autónomas, coincidiendo con sus estatutos de autonomía, fue incluso anterior a la Ley 14/1986, General de Sanidad. Con esta norma y el reparto competencial establecido en nuestra Constitución se alumbró, como señalan Monereo Pérez y Molina Navarrete (2007, p. 27), un «Sistema Nacional (pero descentralizado) de Salud», de modo que a la Administración General del Estado solo incumbe «la protección de intereses de carácter supracomunitario» (Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1983), «aquilatando su competencia a la dimensión del problema que regula» (Sentencia del mismo tribunal 192/1990).

El artículo 148.1.21.^a de la Constitución establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de salud pública («sanidad e higiene»), de acuerdo con los respectivos estatutos de autonomía. Con ese título competencial se transfirieron las funciones y servicios de la Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA), organismo dependiente del Ministerio de Sanidad y extinguido en 1987, encargado de los servicios de prevención y también de aquellos destinados a la lucha contra enfermedades infecciosas¹⁰.

El artículo 149.1.16.^a establece, a su vez, las competencias exclusivas del Estado: sanidad exterior, bases y coordinación general y legislación sobre productos farmacéuticos. La coordinación general implica, según el artículo 73.1 de la Ley General de Sanidad, que el Estado fijará medios y sistemas para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta de las Administraciones públicas sanitarias, «evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que impedirían o dificultarían la realidad del sistema» (Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1983).

La Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, plantea cómo hacer posible esa coordinación además de la cooperación entre las distintas Administraciones sanitarias. Y en materia de salud pública su artículo 65 ya deja claro que «la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública corresponderá al Ministerio de Sanidad», lo que obliga a todas las partes incluidas y en los supuestos siguientes: «1.º Responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública. 2.º Dar cumplimiento a acuerdos internacionales, así como a programas derivados de las exigencias de la normativa emanada de la Unión Europea, cuando su cumplimiento y desarrollo deba ser homogéneo en todo el Estado». Y entre otros mecanismos alude a la «coordinación de sistemas de información epidemiológica [...] cuando sus efectos trasciendan el ámbito autonómico».

La Ley 33/2011, General Salud Pública, en su artículo 14 señala que corresponden al Ministerio de Sanidad determinadas funciones en materia de vigilancia en salud pública, «en

¹⁰ En concreto, la AISNA disponía de tres tipos de centros: a) los centros con funciones técnicas especializadas de apoyo a la Sanidad Nacional; b) los centros sanitarios de beneficencia del Estado, y c) los centros asistenciales de la Sanidad Nacional relativos a enfermedades o finalidades específicas, entre estos el Hospital Nacional de Enfermedades Infecciosas.

particular la gestión de alertas que procedan de la Unión Europea, la Organización Mundial de la Salud y demás organismos internacionales y, especialmente, de aquellas alertas contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional (2005), en su caso, en coordinación con las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla»; también «las previstas en el artículo 65 de la Ley 16/2003». No obstante, las concretas actuaciones dirigidas a la protección de la salud de la población corresponde a las Administraciones autonómicas (art. 27), aunque «el Ministerio de Sanidad será el Centro Nacional de Enlace para la comunicación continua con la Organización Mundial de la Salud y otras redes de alerta internacionales, y será responsable de la aplicación del Reglamento Sanitario Internacional (2005), manteniendo para ello la capacidad nacional imprescindible para cumplir con lo dispuesto en dicho Reglamento».

Por ello, cada comunidad autónoma (y las ciudades de Ceuta y Melilla) puede tomar las medidas que considere oportunas, al margen de la competencia estatal ya expuesta –incluso cuando se haya declarado una EIISP por la OMS (como ocurrió con la covid-19 el 30 de enero), pues el artículo 54 les habilita para adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley y, en particular, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias y las suspensión de actividades y actuaciones. Si bien la gestión de las alertas y la coordinación de las actuaciones para conseguir la homogeneidad de las actuaciones, como hemos dicho, corresponde al Ministerio de Sanidad.

Para propiciar esa coordinación está la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (RENAVE), creada por Real Decreto 2210/1995, cuya finalidad es, precisamente, «la recogida y el análisis de la información epidemiológica con el fin de poder detectar problemas, valorar los cambios en el tiempo y en el espacio, contribuir a la aplicación de medidas de control individual y colectivo de los problemas que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional y difundir la información a sus niveles operativos competentes» (art. 1).

El reparto competencial, de acuerdo con el sistema legal ya expuesto, se traduce en que el Ministerio de Sanidad tendrá que asegurar «la homogeneidad de los criterios, garantizando la homologación de la información, el intercambio de la misma y la evaluación del sistema, mediante los protocolos y guías de procedimiento oportunos; todo ello sin perjuicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas», y, particularmente, «propiciará el cumplimiento de las obligaciones sanitarias internacionales, como son la notificación internacional de las enfermedades cuarentenables y la de aquellas que son objeto de vigilancia especial por la Organización Mundial de la Salud y la Unión Europea» (art. 6). Mientras que las comunidades autónomas «en su ámbito competencial desarrollarán esta normativa de forma que se garantice la capacidad funcional de estas actividades en todos sus niveles administrativos y se asegure el envío al Ministerio de Sanidad y Consumo de la información epidemiológica» (art. 7).

También del Ministerio de Sanidad depende el Centro de Alertas y Emergencias Sanitarias, integrado en el sistema de coordinación de alertas y emergencias de Sanidad y Con-

sumo, establecido por Orden SCO/564/2004, de 27 de febrero. Entre sus funciones está la de «desarrollar análisis de situación de riesgos y facilitar a las Administraciones sanitarias y demás organismos acceso a información cualificada con rapidez, [...] coordinar la preparación de los planes de respuesta del Ministerio en situaciones de crisis y emergencias, así como dar soporte y coordinar el desarrollo de un plan de contingencias del Ministerio ante situaciones de crisis y emergencias [...] y garantizar una comunicación permanente con los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas o la Comisión Europea, en su caso, para la gestión de las crisis, asegurando la plena operatividad las 24 horas del día, todos los días del año» (art. 4.º).

Esta panoplia normativa responde al reparto competencial ya aludido, según el cual la coordinación de una crisis sanitaria como la vivida corresponde al Ministerio de Sanidad, que es quien debe facilitar tanto la información generada por sus propios sistemas y órganos al efecto creados, como aquella recibida de la OMS y de la UE. Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla con esa información y ante una pandemia podrán adoptar las medidas cautelares que consideren oportunas para gestionar los problemas de salud pública que surjan en sus propios territorios. De ahí que la protección de la salud pública interna dependa directamente en nuestro país de 20 Administraciones: el Ministerio de Sanidad, 17 comunidades autónomas y 2 ciudades autónomas.

Pero ese reparto competencial desapareció a raíz del Real Decreto 464/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19, al establecer que será autoridad competente el Gobierno (art. 4.1) y autoridades competentes delegadas, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, en sus respectivas áreas de responsabilidad la ministra de Defensa y los ministros de Interior, de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana y el de Sanidad, asumiendo este último las competencias del resto de ministros en relación con el estado de alarma (art. 4.2). 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 órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma (art. 6).

Dicho esto, hasta el 14 de marzo había una gestión coparticipada –de acuerdo con un reparto competencial complejo pero a su vez claro sobre las funciones de cada cual– en relación con la covid-19, asumiendo el Ministerio de Sanidad una competencia de coordinación e información de indudable importancia, pero debiendo cada comunidad y ciudad autónoma adoptar las medidas que considerasen necesarias en sus respectivos territorios. A partir de aquella fecha la competencia en la gestión de la crisis la asume el Gobierno en los términos fijados en el real decreto del estado de alarma.

La responsabilidad patrimonial depende del correcto ejercicio de la competencia, por eso existe un antes y un después al 14 de marzo, que luego con más detalle analizaremos. Pero en la fase más decisiva de esta crisis, antes de aparecer las cifras de contagios masi-

vos, quien debía dar la voz de alarma, quien tenía que informar del riesgo que se avecinaba, quien tenía que vislumbrar la tragedia no supo verla. Y ese farero ausente –quien debía de avisar al resto de Administraciones con competencias en salud pública, nuestros guardacostas– se llama Ministerio de Sanidad.

2.2. La salud pública como derecho-deber: según el color de la bandera

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, invoca el artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que habilita al Gobierno, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad.

En este marco, las medidas previstas –según el citado RD– tenían como fin proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública, «sin demora» (dice) para prevenir el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico.

Mucho se ha escrito sobre que si las medidas implantadas daban contenido más bien a un estado de excepción (Aragón, 10 de abril de 2020)¹¹, pero sin ser esa la pretensión del presente trabajo, conviene reflexionar, siquiera brevemente, sobre el sacrificio que la defensa de la salud pública impone de otros derechos, incluso de la propia autonomía personal. Pues como dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo (NCJ054760), el tratamiento médico obligatorio no produce una vulneración del derecho a la libertad, pues la libertad personal protegida por la Constitución no supone una cláusula general de autodeterminación individual.

La Ley Orgánica 3/1986 de Medidas especiales en materia de Salud Pública ya advierte de que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible» (art. 3.º).

Pero la salud pública no solo es la cláusula que permita limitar determinados derechos, sino que a su vez es un derecho individual exigible, como cualquier otro, ante los poderes

¹¹ «Exorbitante utilización del estado de alarma», dice, añadiendo que «la declaración del estado de alarma no permite, a su amparo, decretar, como se ha hecho, la suspensión generalizada del derecho de libertad de circulación y residencia de los españoles, medida que solo puede adoptarse en el estado de excepción, como determina el artículo 55.1 de la Constitución».

públicos. Así, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 11 recoge las prestaciones de salud pública y, entre ellas, la información y vigilancia epidemiológica, la protección y promoción de la salud, la prevención de las enfermedades o la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud.

La salud pública presenta así, desde la teoría de los derechos fundamentales, una doble dimensión (derecho-deber), pues por un lado tenemos el derecho a la protección de nuestra salud a través de las actuaciones de vigilancia, promoción y prevención y, por otro lado, tenemos el deber legal de someternos a esas medidas para la protección de la salud pública como interés colectivo, incluso con sacrificio de otros derechos.

Ante una situación como la vivida, inédita en nuestra reciente historia democrática, es necesario alterar el equilibrio social de los derechos fundamentales, pues la normal convivencia se ve gravemente alterada por un elemento nuevo (la covid-19). El sacrificio de unos derechos (como el de libre circulación) para salvaguardar otros (en este caso, la integridad física a través de la protección de la salud pública), se realiza en atención al criterio de proporcionalidad, que en la declaración del estado de alarma –o en su caso de excepción– corresponde apreciar al Gobierno, sin perjuicio de su convalidación posterior por el Parlamento.

Pero lo que nos interesa, por ser el enfoque que queremos dar a nuestro planteamiento, es lo acontecido antes de la declaración del estado de alarma. En este sentido, y bajo la égida del principio general según el cual las restricciones de derechos deben ser interpretadas restrictivamente (*odiosa sunt restringenda*), la Ley Orgánica 3/1986 prevé, en relación con personas enfermas o que hayan estado en contacto o puedan haberlo estado, el confinamiento específico, como ocurrió con los primeros ciudadanos que estuvieron confinados en un hotel de Canarias, en virtud del auto judicial al que a continuación pasaremos a referirnos, o también con los ciudadanos que fueron repatriados desde China por provenir de la zona de Wuhan.

El auto de ratificación de medidas sanitarias urgentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con la Orden de 27 de febrero de 2020 de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, se fundamenta en el principio de precaución. Tomando como guía la jurisprudencia comunitaria, de tal principio se deriva el carácter preponderante de la protección de la salud pública frente a las consideraciones económicas o de otro tipo, de modo que cuando existe un riesgo serio para aquella las autoridades sanitarias –y el juez en su posterior ratificación– deben inclinarse de manera casi inevitable por su protección, evitando la propagación de la enfermedad, aunque no se tuviese la certeza de que todos los huéspedes de un hotel estuviesen contagiados.

La extensión a todos y cada uno de los habitantes de España (nuestro país concebido como un gran hotel, metáfora que no deja de estar alejada de nuestra realidad de potencia turística mundial) obligó a una medida de confinamiento con base en un riesgo de contagio que se valoró como alto el 14 de mayo de 2020 y no antes, de modo que fue en ese tardío

momento cuando el Gobierno consideró que había que proteger con medidas extremas la salud pública. Pasamos de una bandera verde (tranquilos, aquí no pasa nada, el virus está en China, podéis hacer vida normal), a una bandera amarilla (lavaros las manos y evitar el contacto social, pero podéis manifestaros porque la reivindicación colectiva es más importante)¹² y finalmente a la bandera roja (al decretar el estado de alarma cuando ya la orilla se estaba llenando de cadáveres), todo ello en demasiado tiempo: cinco semanas en situación de riesgo y sin aplicar todas las medidas que se recomendaban desde la OMS.

2.3. La salud pública como dique ante las pandemias: ¿riesgo, incertidumbre o ignorancia?

A propósito de la covid-19, Tolosa Tribiño (2020) alude a la necesidad de

que, una vez superada esta pandemia, la sociedad y los juristas reflexionemos profundamente acerca del valor de la salud colectiva y de los sacrificios que su consecución pueden requerir desde la perspectiva individual, logrando el necesario equilibrio en el que debe basarse una concepción actualizada y moderna del concepto salud pública, en una sociedad que debe acostumbrarse a convivir con el riesgo.

La cuestión es saber en qué momento estamos en situación de riesgo, incertidumbre o mera ignorancia. La importancia de su diferenciación radica en que el riesgo permite conocer la probabilidad de que se produzca un daño (de ahí su vinculación al contrato de seguro), mientras que la incertidumbre no lo permite (Pérez Escalona, 2009, p. 122). La incertidumbre es la antesala del riesgo, lo precede, mientras que la ignorancia es la ausencia de datos para atisbar uno u otro.

El riesgo en materia de salud pública supone conocer las amenazas reales de daños posibles (por ejemplo, con un virus); la prevención primaria sería eliminar su exposición. La incertidumbre, sin embargo, parte de la existencia de impactos conocidos para la salud – sabemos que existen virus e incluso coronavirus–, pero no sabemos todavía las probabilidades de causar un daño hasta que no se identifica el patógeno concreto y se analiza su comportamiento; la prevención deriva en cautela, lo que nos lleva al principio de precaución, idea central de este trabajo. Pero mientras no descubramos el virus (en el caso del coronavirus fue en China a finales del mes de diciembre), lo que existe es una ignorancia, si bien relativa, pues ni podemos conocer el impacto de algo desconocido ni lógicamente

¹² «¿Qué le diría a una mujer que está dudando en ir a la manifestación del 8 mayo? Que le va la vida... que tiene que formar parte de esto, que estamos viviendo en el siglo XXI». Respuesta de la vicepresidenta 1.ª Carmen Calvo en un programa de televisión. <<https://www.youtube.com/watch?v=Quasjgvtg>>.

las probabilidades de que acaezca un determinado daño, aunque la amenaza de virus sea inherente a la propia historia de la humanidad. La prevención en estos casos es mantener una constante atención a la salud de las poblaciones para identificar con rapidez la aparición de nuevos virus¹³.

Esas tres fases –ignorancia, incertidumbre y riesgo– se han sucedido en un breve espacio de tiempo. La primera fase, siguiendo el relato cronológico que dimos al principio, era la previa al 31 de diciembre de 2019, que es cuando se anuncia desde China la existencia de un coronavirus nuevo (nada se sabía hasta entonces). La segunda fase, de incertidumbre, empieza en esa fecha y su finalización podemos situarla en la primera semana del mes de febrero, que es cuando la OMS publica su plan estratégico y advierte de que representaba un elevado riesgo a nivel mundial. Y la tercera fase comienza a partir de ahí tras poner nombre a la nueva enfermedad: covid-19. Es en la primera semana de febrero cuando deberían considerarse esas medidas luego adoptadas (si no el confinamiento general, que se demoró cinco semanas, al menos otras como cordones sanitarios en determinadas poblaciones más expuestas por la aparición de los primeros casos, o las restricciones del derecho de reunión para evitar aglomeraciones de acuerdo con las recomendaciones de la OMS), a fin de prepararnos frente a la pandemia, y no aumentar su potencial lesivo pregonando la fortaleza de nuestro sistema sanitario y la escasa letalidad del virus.

3. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: ¿quién paga el naufragio?

3.1. Responsabilidad por omisión: el riesgo incrementado

Nuestra constitución (art. 106) y la Ley 40/2015, reguladora del sector público (arts. 32 y ss.) imponen a la Administración la obligación de indemnizar cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

El riesgo creado por su funcionamiento opera como título de imputación. Pero el riesgo, como aclara González Pérez (2009, p. 502), puede ser desde fácilmente previsible a apenas previsible, ahora bien, para que el riesgo sea relevante al efecto de generar responsabilidad, debe tener una entidad cuantitativa y cualitativa. Según Mir Puigpelat (2000, p. 250) un riesgo será jurídicamente relevante cuando la Administración no aminore o disminuya un peligro ya existente.

¹³ La diferencia entre riesgo, incertidumbre e ignorancia aparece descrita en el informe *Lecciones tardías a partir de alertas tempranas: el principio de cautela: 1896-2000*, AEMA, Copenhague, 2002; Centro de Publicaciones del Ministerio de Medio Ambiente (2003), p. 192.

Es cierto que el artículo 32 de la Ley 40/2015 establece que no serán indemnizables los daños que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquellos. Existe, pues, un deber jurídico de soportar esos daños desconocidos o inevitables, riesgo que el perjudicado debe asumir, pues lo contrario, como establece en doctrina consolidada el Tribunal Supremo, «sería convertir a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual, aunque sea objetiva o por resultado» (Sentencia, entre otras, de 2 de diciembre de 2009, recurso 3391/2005).

La cuestión es determinar cuándo el estado de los conocimientos permite evitar o al menos aminorar los daños, o cuándo ante un riesgo nuevo del que todavía se desconoce su potencial dañoso, determinadas omisiones pueden incrementar las consecuencias lesivas que le son propias.

La doctrina distingue al respecto entre la omisión como concepto normativo de la simple inactividad. La omisión jurídicamente relevante es aquella que se produce respecto de un deber de actuar materialmente posible (De Ahumada Ramos, 2009, p. 299). No basta con que la Administración haya incumplido un puro deber abstracto de cumplir ciertos fines, sino que ha de obviar las medidas estandarizadas. La cuestión radica entonces en identificar los estándares de calidad de determinados servicios públicos.

El problema radica en que no siempre las normas configuran la actividad administrativa con un concreto contenido jurídico, si bien es cierto que existen principios ordenadores de la actuación de las Administraciones públicas, recogidos genéricamente en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de los cuales destacamos tres: servicio efectivo a los ciudadanos, transparencia de la actuación administrativa y eficacia en el cumplimiento de los objetivos.

La virtualidad de esos principios en la actividad exigible a las Administraciones públicas nos remite a las regulaciones sectoriales, que a su vez contienen sus propios principios que no son más que una concreción de aquellos otros. En la materia que nos concierne aparecen recogidos en el artículo 3 de Ley 33/2011: equidad, salud en todas las políticas, pertinencia, precaución, evaluación, transparencia, integralidad y seguridad.

La aplicación de tales principios en el desarrollo de las políticas sanitarias y de las medidas desplegadas ante una amenaza para la salud pública es una parcela reservada a la potestad de autorganización de las Administración públicas. El ciudadano no puede condicionar esas políticas (salvo con su voto en las periódicas elecciones), pero sí exigir que sus derechos se cumplan. El contrato social se podría formular así: organiza la actividad pero hazlo de modo que se respeten mis derechos.

La Ley 33/2011 recoge unos derechos de los ciudadanos y unos correlativos deberes de las Administraciones. Así, por ejemplo, el derecho de información, recogido en el artículo

4 c), en particular de «los riesgos biológicos [...] relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente»; con reverso en el deber que contiene el artículo 10: «las Administraciones sanitarias informarán sobre la presencia de riesgos específicos para la salud de la población. Esta información incluirá una valoración de su impacto en la salud, de las medidas que adopten las Administraciones sanitarias al respecto y de las recomendaciones para la población».

El derecho conlleva el deber y este a su vez el compromiso de un servicio que atienda el primero y cumpla el segundo. Y aunque las medidas que se deban adoptar no siempre estén definidas de antemano, como señala Gómez Puente (1994), «la función puede servir de parámetro para valorar la legalidad del ejercicio o la falta de ejercicio de las potestades administrativas» (p. 141). Ahora bien, esa función en abstracto considerada (como la de proteger la salud) para ser exigible debe ser materialmente posible, pues de lo contrario nos topamos con el viejo aforismo *ad impossibilia nemo tenetur*. Por ejemplo, pese a que exista una obligación legal de proteger la salud de los ciudadanos, no existe una garantía absoluta de la salud, entendida no tanto como la ausencia de enfermedad, sino incluso como ese «estado completo de bienestar físico, mental y social», según la clásica definición de la OMS. Es necesario que el resultado sea posible, es decir, que exista una correlación entre el correcto ejercicio de la función y un concreto resultado favorable, lo que nos conduce al requisito del nexo causal y su articulación en los supuestos de responsabilidad.

Existe al respecto una clásica distinción entre causalidad de hecho y de derecho (también llamadas material y jurídica, respectivamente). Sucede que en los casos de omisión carece de interés la causalidad de hecho o material, pues el daño lo produce un acontecimiento ajeno al actuar de la Administración. Deberemos atender entonces a una relación causal jurídica en tanto deriva de la existencia de un deber de actuar impuesto por el ordenamiento jurídico. Y, además, en estos casos el principio que está detrás de la causalidad es de la probabilidad de que el riesgo creado con la omisión del responsable se haya concretado en un daño.

Hablamos de posibilidades de evitar el daño, de ahí que se recurra al término causalidad probabilística. Uno de los criterios de la imputación objetiva del daño es el denominado incremento del riesgo¹⁴. Su aplicación obliga a determinar la conducta alternativa, es decir, lo que hubiera pasado si se actuara conforme al estándar de diligencia. El deber de actuar para impedir el daño o para aminorar el riesgo se determina en función de los criterios de actuación diligente. La teoría causal en estos casos tiene el escoyo de deslindar el riesgo general de la vida (la posibilidad de contagiarse por el virus causante de una pandemia), que sería el riesgo permitido por inevitable, del incremento de ese riesgo (las mayores probabilidades de un contagio por la falta de medidas de seguridad o su tardía aplicación), que

¹⁴ Los criterios de esta teoría de la que es autor Roxin son: los riesgos generales de la vida, la adecuación, la disminución del riesgo, el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma, la prohibición de regreso y la provocación.

podríamos llamar riesgo añadido no tolerado por la omisión de quien debiendo actuar en un determinado momento no lo hizo.

Determinar cómo y cuándo debió actuarse, o más en concreto, el momento en que la Administración debió cumplir o hacer cumplir determinadas medidas en materia de salud pública es algo que carece de una predeterminación normativa. Estamos ante lo que en terminología penal se denomina una «norma en blanco», que nos remite a los genéricos criterios expresados en el artículo 1258 del Código Civil, o más en concreto, en esta materia, en el artículo 4.º de la Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina.

Ambos preceptos aluden al «uso» y a las «normas de conducta», es decir, a las prácticas establecidas, eso que en medicina se denominan «protocolos» o «guías de buena práctica clínica», a los que refiere el artículo 4.º7 de la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. En materia de salud pública, y en particular ante los riesgos derivados de una pandemia, los criterios o actuaciones a seguir vienen determinados por los principios que rigen la salud pública y por las recomendaciones de la OMS, porque ambos determinan, a su vez, el fin de protección de la norma, que es otro de los criterios de la imputación objetiva del daño.

3.2. El principio de precaución como título de imputación

El artículo 3, apartado d), de la Ley General de Salud Pública, lo define con estas implicaciones:

La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran.

Realmente no es ninguna novedad, pues aparece recogido en análogos términos en el artículo 191 del Tratado de Lisboa (y en los tratados precedentes). Se traduce en la exigencia de actuar frente a un riesgo potencial grave sin esperar a los resultados de la investigación científica (Dirección general 24 de la Comisión Europea, «Consumo y Salud»).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha aplicado en el ámbito de la salud pública, como ocurrió con el mal de la «vacas locas» (1998, asunto C-180/96) o con los organismos genéticamente modificados (2002, asunto C-6/99).

La Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución, fechada en Bruselas el 2 de febrero de 2000 (conocida como COM/2000/1 final)¹⁵, ya aludía a su ámbito de aplicación cuando se ponga en riesgo la salud humana.

¹⁵ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52000DC0001>>.

Interesantes son los aspectos que según dicha comunicación deben dar contenido a este principio: proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de ventajas e inconvenientes y estudio de la evolución científica; de los cuales destacamos el de coherencia, en la medida en que supone mirar lo hecho en otras latitudes para actuar de la misma manera¹⁶.

Constituye, en definitiva, una proposición de acción preventiva ante la fuente de un peligro futuro. Pero no es suficiente cualquier eventualidad, sino aquella que pueda acarrear daños graves e irreversibles (Romeo Casabona, 2004, p. 390).

Y no solo en un plano político proyecta sus efectos el principio de precaución, sino también en el jurídico, pues según Figueroa Yáñez (2004, p. 316), «la inactividad o el silencio del Estado que no prohibió o reglamentó alguna actividad que después resultó en daños considerables, no puede ser esgrimida por el causante directo de aquellos como una causa de exención o de disminución de su propia responsabilidad».

Su naturaleza va más allá de informar u orientar la actuación de los poderes públicos, ya que es una regla jurídica (Romeo Casabona, 2004, p. 395). En terminología anglosajona, no debe considerarse un mero *soft law*.

En salud pública se dice que las decisiones deben favorecer la precaución, que tiende a evitar los falsos negativos para así prevenir las exposiciones potencialmente peligrosas y los problemas de salud innecesarios (Jamieson y Watenberg, 2001).

La precaución afecta a la gestión del riesgo, que se caracteriza por sopesar pros y contras y seleccionar una estrategia de actuación que modifique los niveles de riesgo a que están sometidos los individuos o la población (Foster, Vecchia y Repacholi, 2000, pp. 979-981).

Este proceso implica la comunicación del riesgo o transmisión de la información obtenida a la población afectada. Como explica Emilia Sánchez (2002),

debe ser transparente y multidisciplinario [...], incluidas las consecuencias potenciales de la decisión de no actuar. La sociedad acepta muchas situaciones que suponen, a la vez, riesgos y beneficios. La clave está en situar los límites de la exposición a unos niveles en que el equilibrio, el *trade-off*, entre unos y otros sea socialmente aceptable.

El principio de precaución va más allá de la prevención. Por eso su aplicación en las políticas públicas sanitarias debe tener en cuenta dos elementos necesarios: la participación

¹⁶ La coherencia, según la citada comunicación, significa que las medidas deberán tener una dimensión y una naturaleza comparable con las ya adoptadas en ámbitos equivalentes en los que se disponen de datos científicos.

de todos los intervinientes y un plan a largo plazo revisable en función de los avances de la ciencia (Agudelo Montoya y López Mejía, 2009).

Esa participación vincula a este principio con otro clave en esta materia, que es el de transparencia.

Viene enunciado así en el artículo 3 f) de la Ley General de Salud Pública: «Las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos».

Ya hemos expuesto cómo la información es un elemento esencial de la precaución, en la medida que no hay mejor control de daños que aquel que se basa en una información de los riesgos, aunque partamos de un escenario de incertidumbre.

Buena prueba de que la información de los riesgos es crucial la tenemos en la siguiente comparación: mientras el 2 de marzo el Centro Europeo para la Prevención de la Enfermedades (ECDC) informaba de que el riesgo asociado con la infección por la covid-19 para las personas en la UE/EEE y el Reino Unido se consideraba de moderado a alto, según la probabilidad de transmisión y el impacto de la enfermedad¹⁷, ese mismo día el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias publicaba su informe covid-19 n.º 4 en el que se limitaba a concluir lo siguiente: «La información recogida en futuras notificaciones será crucial para determinar características clínicas, epidemiológicas y virológicas de los casos de infección por SARS-CoV-2 que se identifiquen en España»¹⁸, omitiendo cualquier referencia al riesgo de contagio.

Ser transparente supone generar una información epidemiológica¹⁹ en la que lo determinante es conocer el riesgo de contagio²⁰, aunque en este caso no se diera²¹. La trans-

¹⁷ *Evaluación rápida del riesgo: brote de la nueva enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19): mayor transmisión a nivel mundial-quinta actualización.* <<https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/rapid-risk-assessment-outbreak-novel-coronavirus-disease-2019-covid-19-increased>>.

¹⁸ <https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Documents/INFORMES/Informes%20COVID-19/Informe%20COVID-19.%20N%C2%BA%204_02marzo2020_ISCIII.pdf>.

¹⁹ Recogida como derecho en el artículo 6 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente: «Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley».

²⁰ Recogido en el artículo 4 c) de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, como el derecho a «recibir información [...] en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente».

²¹ En una primera fase de la crisis sanitaria con mensajes tranquilizadores y consejos básicos de autocuidado, y en una segunda fase centrando el mensaje en una frase apodíctica («quédate en casa») para luego

parencia va ligada también a la rendición de cuentas (*accountability*), que supone hacer visible el proceso de toma de decisiones, así como el método aplicado y los resultados obtenidos. Las decisiones que se toman, la manera en que se toman y sus partícipes determinan el grado de justicia y equidad de un sistema sanitario (García-Altés y Argimón Pallás, 2016, p. 11).

Según la OMS, la buena gobernanza en el ámbito sanitario implica «la participación de actores a los cuales les concierne la definición e implementación de políticas, programas y prácticas que promueven sistemas de salud equitativos y sostenibles»²². Pero para ello la información debe ser relevante (no banal) y además fácilmente accesible para todos los actores, lo que incluye a la población en general. El buen gobierno sanitario requiere responsabilidad e incentivos para promover la participación (Meneu y Ortún, 2011), pero no puede haberla si antes no se actúa con transparencia.

Esa información ha fallado. No es una novedad; España fue uno de los últimos países de Europa en aprobar una ley de transparencia²³, y su grado de cumplimiento después más de 5 años desde su entrada en vigor es más bien escaso²⁴.

Esa transparencia se hace más acuciante ante tamaña crisis sanitaria. Como señala Transparency International (2020),

la demanda de transparencia no es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio de los ciudadanos para que puedan escuchar las motivaciones que han guiado la toma de decisiones públicas [...]. Esta crisis también ha puesto de manifiesto una lamentable falta de madurez en términos de acceso a los datos abiertos. De hecho, los datos rara vez han sido tan cruciales para la gestión de una crisis²⁵.

ofrecer a diario datos o cifras con previsiones, generalmente optimistas, de cuándo se aplanaría la curva de contagios y fallecidos.

²² Good governance for health. Department of Health Systems, Geneva, 1998. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/65021/WHO_CHS_HSS_98.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²³ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. BOE de 10 de diciembre de 2013, en cuya exposición de motivos ya se reconoce que la mayoría de los países europeos están dotados de una norma similar, al igual que la UE (Directiva 2004/109 CE).

²⁴ España ocupaba a 1 de enero de 2019 el puesto 87.º en una relación de 123 países que contiene el ranking en transparencia (Global Right Information Rating) que elaboran el Access Info Europa y el Centro para la Ley y la Democracia. <<https://datosmacro.expansion.com/estado/indice-derecho-informacion/espana>>.

²⁵ COVID-19. *Contra la Crisis de Salud, más Transparencia y Democracia*. Declaración conjunta firmada por los capítulos nacionales de Francia, Italia y España de Transparency International. Madrid, 7 de abril de 2020. <<https://transparencia.org.es/ti-espana-francia-e-italia-firman-propuesta-conjunta-para-defender-la-transparencia-durante-la-crisis-del-covid-19/>>.

Esa doble vertiente de la transparencia faltó. Por un lado, estuvo ausente la información de los riesgos epidemiológicos (de moderados a altos ya el 2 de marzo), y, por otro lado, se echó en falta una explicación a la ciudadanía en tiempo real de las políticas sanitarias diseñadas para abordar esta crisis, al menos hasta la declaración del estado de alarma (luego las ruedas de prensa –con inicial filtrado de preguntas– se multiplicaron por doquier).

Expuesto lo anterior, el análisis retrospectivo de lo acontecido evidencia que no se aplicó el principio de precaución (tampoco el de transparencia) en la gestión de esta crisis sanitaria. Si nos atenemos a las notas de prensa y a los documentos publicados por el Ministerio de Sanidad, su contenido denota una intención –loable en otros escenarios– de no provocar el alarmismo. El recurso dialéctico a la fortaleza de nuestro sistema sanitario²⁶, al riesgo bajo de contagio por la lejanía del brote (China)²⁷ y a los consejos más tranquilizadores de la OMS²⁸, no así de aquellos que implican un mayor esfuerzo inversor (el acopio de EPI²⁹ o la realización masiva de test)³⁰, evidencia que no se trabajó en otros escenarios alternativos (menos benévolos) o, si se hizo, se ignoró una premisa básica en relación con este principio: cuando los datos no son concluyentes, un planteamiento prudente y cauteloso consiste en optar por la «hipótesis más pesimista»³¹.

3.3. El control judicial de la precaución debida

Toda vez que el principio de precaución es esencialmente una guía o criterio en la toma de decisiones, su judicialización resulta compleja, tanto a nivel interno como internacional, ya que implica la revisión de decisiones esencialmente políticas adoptadas, normalmente, en contextos donde hay un amplio margen de discrecionalidad (Corti Varela, 2017, p. 219).

Sin embargo, el artículo 2 a) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, atribuye la competencia judicial en la determinación de las indemnizaciones

²⁶ Nota de prensa del 4 de febrero. <<https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4786>>.

²⁷ Nota de prensa del 11 de febrero. <<https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4786>>.

²⁸ Nota de prensa del 12 de febrero. <<https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4791>>.

²⁹ Nota de prensa del 13 de febrero. <<https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4792>>.

³⁰ Muy elocuentes fueron las palabras de apertura del director general de la OMS en la conferencia de prensa sobre covid-19 de 16 de marzo: «Tenemos un mensaje simple para todos los países: pruebas, pruebas, pruebas». <<https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---16-march-2020>>.

³¹ Así lo establece la Comisión Europea en su recomendación citada *ut supra*.

relativas a los actos del gobierno, cualquier que sea su naturaleza. Existe un control judicial de los elementos reglados de esos actos, particularmente si en la toma de decisiones ha existido una evaluación de los riesgos con base científica, a fin de apreciar su adecuación a la legalidad y su capacidad para tutelar los derechos e intereses legítimos de los afectados.

Como ha expuesto Huelín Martínez de Velasco (2005), las medidas preventivas pueden ser controlables judicialmente,

pero no solo a través de una revisión externa, reducida a comprobar si se han tomado por la autoridad competente, siguiendo los cauces formales diseñados por el sistema jurídico y acatando los principios y valores que lo inspiran y estructuran, sino también mediante un examen de sus entrañas, para comprobar que se enderezan, de manera adecuada, a los objetivos que las justifican, sin perjuicio de que, constatando su respeto, el núcleo último de la decisión sea indisponible para los miembros del poder judicial, porque, en tal caso, siempre será jurídicamente aceptable (p. 387).

En las acciones de responsabilidad, cuando es la pasividad de las Administraciones públicas la que genera el daño a modo de incremento del riesgo tolerable, cabe el control más allá de los elementos reglados, alcanzando incluso al núcleo de discrecionalidad si se evidencia una actuación contraria al principio de precaución. Es cierto que el hacer o no hacer pertenece al ámbito de las responsabilidades políticas, susceptibles de un control meramente formal en relación al cumplimiento de los procedimientos establecidos, pero cuando los mismos incluyen la evaluación científica del riesgo, la más moderna jurisprudencia permite el control judicial de la discrecionalidad técnica para apreciar un error manifiesto o grosero³².

En todo caso, el control judicial de esas decisiones requiere de un procedimiento de prueba, especialmente complejo por el carácter técnico o científico y, además, formulado más en términos de probabilidades. La percepción del riesgo, especialmente en caso de incertidumbre, afecta al modo en que los políticos toman decisiones, que han de estar basadas en criterios científicos.

En la jurisdicción internacional, cuando lo que se juzga es una acción estatal que supelementalmente viola el principio de precaución, aunque esa medida nacional (no precautoria) se apoye en el principio de soberanía, eso no es óbice para su enjuiciamiento. En estos casos se tiende a invertir la carga de la prueba, no de carácter pero si material, a través del mecanismo de la prueba mínima o *prima facie* (Corti Varela, 2017, p. 264).

³² Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2016, rec. núm. 4128/2014, y de 3 de noviembre de 2016, rec. núm. 2679/2015.

En nuestra jurisprudencia casacional la inversión de la carga de la prueba también se aplica cuando se trata de otro tipo de infecciones no comunitarias (como la pandemia por la covid-19), sino nosocomiales o intrahospitalarias (por otros patógenos incluso más letales en determinados casos, como el estafilococo áureo), obligando a la Administración a acreditar el cumplimiento de las medidas de profilaxis antibiótica y los protocolos de asepsia hospitalaria, conforme al estado de la ciencia y en relación con el concreto acto asistencial concernido³³.

Y esa prueba, en el supuesto que nos ocupa, vendrá dada por la confrontación entre las recomendaciones de la OMS y las medidas adoptadas. Si el Estado las ignoró o aplicó tardíamente podrá tenerse por acreditado el funcionamiento anormal de la Administración sanitaria. No supone tanto cuestionar la oportunidad de las medidas en términos de política nacional como su adecuación a unas recomendaciones que la trascienden.

Aun asumiendo que la soberanía nacional avale la libertad de los Estados para fijar el umbral de riesgo asumido para su población –pues no se trata de una epidemia local, sino de una enfermedad de carácter internacional, donde la coordinación entre naciones es vital para su erradicación–, ello no hace decaer el deber de informar de los riesgos epidemiológicos, para que cada cual adopte las medidas individuales que considere oportunas en aras de su derecho a la autodeterminación personal.

La transparencia, como hemos visto tan ligada a la precaución, obliga a informar de esos riesgos, incluso planteando aquellos escenarios más pesimistas, para que cada cual decida si asume el riesgo de asistir a una manifestación el 8 de marzo, a un concierto o un partido de fútbol entre miles de personas. Y esa información, que no es una facultad discrecional, sino un deber de las Administraciones públicas, puede ser controlable judicialmente, incluso desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales de la persona, al estar en juego la integridad física.

3.4. El daño como pérdida de oportunidad y su sociabilización

Aludíamos antes al criterio de la causalidad probabilística, esto, es, a la posibilidad de que el daño no se hubiera causado actuando de otra forma, típica de la responsabilidad por omisión. Se aplica en estos supuestos para el cálculo indemnizatorio la teoría de la pérdida de oportunidad³⁴, entendida como la frustración de esperanzas o expectativas que, siendo posibles, se han visto privadas.

³³ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007, rec. núm. 161/2000 (aunque sea de la Sala 1.^a resuelve una infección contraída en un hospital público), y de 9 de octubre de 2012, de la Sala 3.^a.

³⁴ La doctrina de la pérdida de oportunidad responde a una creación jurisprudencial importada del derecho francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*), aunque con referencias en los Principios Europeos de Responsabilidad Civil.

La falta de medidas de prevención en materia de salud pública es un escenario no inédito, pero con pocas referencias en la casuística judicial³⁵. Ahora bien, la falta de información asistencial es un terreno abonado a las reclamaciones; son supuestos en lo que no se da completa información al paciente, que no puede tomar determinadas decisiones por el desconocimiento de algunos riesgos.

La indemnización en estos casos no es pacífica, pues exige atender a los llamados «cursos causales no verificables»³⁶, por la dificultad de saber con exactitud lo que hubiera pasado si se actuase de otra forma. Esto supone realizar un examen prospectivo de probabilidades, de modo que se indemniza minorando el monto total del daño causado en la proporción de que el resultado hubiera sido igual.

Las dificultades de ese cálculo prospectivo obligan a recurrir a la prueba científica de la causalidad, de modo que solo las probabilidades determinadas mediante determinados métodos permitirán conocer con cierta exactitud el incremento del riesgo causado por la omisión de medidas protocolizadas. Por ejemplo, si un confinamiento más precoz se demostrase que hubiera disminuido un 30 % el número los contagios, habría que atribuir un 70 % de la causalidad probabilística del daño a esa omisión negligente.

Estamos ante una cuestión reservada a la prueba pericial; aunque cabe la posibilidad de que la misma no sea concluyente por la falta de un método científico válido. Es decir, que sea imposible determinar con precisión el riesgo incrementado o «riesgo relativo» (el cociente entre el riesgo con y sin la negligencia), que se viene utilizando, en particular en Estados Unidos, en aplicación de la denominada doctrina Daubert³⁷ para la admisibilidad de las pruebas de causalidad.

³⁵ En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 25 de junio de 2010, en la que se condena a la Administración sanitaria por una falta de información en la campaña de vacunación de la meningitis C, al no comunicar, al respecto de la revacunación, la insuficiencia de la vacuna anterior, con la necesidad de volver a vacunarse, con condena de indemnización de 800.000 euros por los graves daños que sufrió un menor.

³⁶ «La doctrina de la pérdida de oportunidad tiene como presupuesto una actuación negligente [...] operando en la esfera de la causalidad en torno a los llamados "cursos causales no verificables" en los que no puede establecerse una relación directa entre un hecho culposo y varios resultados posibles según los conocimientos científicos vigentes, y pretende evitar con ello que en dichos supuestos el perjudicado quede desprotegido, indemnizando al sujeto que por un acto negligente probado se ha visto privado de un eventual "suceso favorable", futuro e incierto, con una suma inferior a la que correspondería de poder determinarse claramente la relación de causalidad entre el actuar administrativo y los daños producidos». Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2015, rec. núm. 682/2013.

³⁷ Caso Daubert vs. Merrell Dow Pharms, sentenciado por el Tribunal Supremo (Corte Suprema) en el año 1993, donde establece cuatro factores de científicidad: teoría científica sometida a prueba, pública y sujeta a revisión por pares, rango de error conocido y amplia aceptación por la comunidad científica. Sobre esta teoría: Vázquez (2015, p. 103).

Los tribunales de ese país han mantenido que, cuando los estudios epidemiológicos establecen que un factor de riesgo relativo es superior a 2, el jurado puede concluir fiablemente que la exposición causó el daño. En cambio, si el riesgo relativo es igual o inferior a 2, el riesgo cotidiano o basal tiene al menos las mismas probabilidades de haber causado el daño que con la negligencia omisiva, y no puede hablarse una causalidad jurídica (Brent, 2006, p. 715).

En el ámbito en que nos movemos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de junio de 2017 (asunto C621/15 (NSJ056510)), resolviendo una cuestión prejudicial en el ámbito de la responsabilidad por producto defectuoso, ha considerado que determinados datos –que denomina indicios sólidos– pueden llevar al juez a considerar existente la relación de causalidad, en la medida en que ocasiona un daño anormal y particularmente grave al paciente, alejado del grado de seguridad que cabe esperar, y ello, y esto es lo importante, aunque la investigación médica no haya demostrado ni refutado la existencia de una relación de causalidad.

Cuando estamos ante la omisión de una completa y veraz información epidemiológica, el riesgo no puede ser consentido por quien lo sufre; si se contagia con información lo está asumiendo, pero si el contagio se produce en un contexto de falta de información, no puede asumir aquello que se desconoce. Habría que saber la proporción que la omisión de la información y de las medias protocolizadas representan sobre el daño causado (el incremento del riesgo general de la vida).

La forma de resolver esa incertidumbre causal a falta de prueba estadística³⁸ suele hacerse recurriendo al concepto del daño moral, lo que entiendo desacertado porque la pérdida de oportunidad de evitar un daño afecta a la relación de causalidad pero sin transformar la naturaleza del daño. No obstante, la jurisprudencia es vacilante al respecto, existiendo una corriente que considera la pérdida de oportunidad como un daño moral³⁹.

Reconducir las dudas sobre la causalidad al concepto –excesivamente elástico– del daño moral es un recurso que ha sido muy criticado por la doctrina, dada la desnaturalización que supone al pretender esquivar las dificultades de valoración de estos daños, lo que en ocasiones conduce a una pirueta al borde del deber de congruencia (Xiol Ríos, 2010, p. 10), para terminar incurriendo en lo que se ha denominado la falacia del daño moral (Díez-Picazo Ponce de León, 2008, p. 76).

³⁸ Denominada en el derecho anglosajón como doctrina de la probabilidad estadística (*more probable than not*), según la cual, cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa del daño, hay que acudir a la estadística, de forma que si se demuestra que el daño es sustancial a la acción u omisión culposa, sí puede afirmarse que existe nexo causal. El criterio es que siendo mayor del 50 % la probabilidad, el nexo causal se da como cierto.

³⁹ Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de marzo de 2015, núm. 181/2015, acogiendo anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, al decir que «la pérdida de oportunidad es un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral».

En todo caso, las dudas sobre el resultado de un curso alternativo de los acontecimientos –en este caso, el no haberse contagiado–, porque no se haya dada la correcta información epidemiológica, ya generan un impacto negativo en quien se contagia (por la creencia de que podría haberlo evitado con otra información), que permite hablar de un daño abstracto (Hurtado Díaz-Guerra, 2018, p. 140), de naturaleza presunta y cierto carácter punitivo por la gravedad de la conducta. La falta de información epidemiológica lesiona la autonomía personal, al afectar a la capacidad de elección.

No obstante, y al margen de cómo cuantificar el daño, existe consenso en la doctrina mayoritaria y en la reciente jurisprudencia de que estamos ante los denominados daños cuasiexpropiatorios (Pantaleón Prieto, 1995, p. 81), que también denomina «daños de sacrificio», entendiéndolo por tales «aquellos que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión», cuyo ejemplo paradigmático son los efectos adversos de la vacunación obligatoria, que responde a una idea metajurídica de sociabilización del daño, que ya estuvo presente en la sentencia del Tribunal Supremo que determinó la condena del Estado como responsable civil subsidiario por los daños producidos por el aceite de colza desnaturalizado⁴⁰.

Si en aquel caso el reproche vino por la política mercantil del Estado en relación con la importación de ese aceite, en este otro sería por una política sanitaria que permitió el funcionamiento de la actividad productiva y la dinámica social con total normalidad cuando ya el virus estaba produciendo contagios y fallecidos en nuestro país. El Estado propició un plácido mes de febrero de 2020, incluso hasta el 14 de marzo, que colocó a miles de personas contagiadas en una situación de vulnerabilidad por ese riesgo incrementado para su salud.

4. El derecho internacional de la salud como tarea inacabada: un sistema que habrá que revisar ante futuras pandemias

4.1. Su insuficiencia para abordar los retos actuales

En términos de salud pública el actual escenario internacional por la pandemia provocada por la covid-19 no es nuevo⁴¹, aunque sí lo es la repercusión que ha tenido, porque el

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 26 de septiembre de 1997, segunda sentencia de este tribunal sobre el caso de la colza, también llamada sentencia de los «cargos de la Administración», a diferencia de la anterior, llamada de los «aceiteros».

⁴¹ Los antecedentes de enfermedades infecciosas son numerosos: el VIH/SIDA, la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob derivada de la encefalopatía espongiforme bovina, el dengue, el virus

patógeno ha atacado fundamentalmente al mundo occidental, afectando a regiones muy desarrolladas (Europa y Estados Unidos), democratizando el riesgo, es decir, debilitando a sociedades tradicionalmente menos vulnerables (o que así se creían), sin establecer grupos concretos de riesgo (todos somos sus posibles víctimas) y cuya capacidad de contagio ha alterado sustancialmente nuestro *modus vivendi* (esa sociedad abierta a la que se refería Karl Popper).

Un análisis inicial ya nos permite constatar el alto grado de interdependencia de la salud pública a nivel mundial, lo que demuestra hasta qué punto es necesario un plan de acción global. Sin embargo, no existe ningún tratado internacional de alcance mundial que se dedique a regular la protección internacional de la salud como tal (Xeuba Hernández, 2009, p. 7).

Lo cierto es que la OMS ha concedido escasa atención al derecho –en especial al *hard law*– como herramienta de protección y promoción de la salud. No basta con la existencia de un cuerpo normativo sistematizado que permita cohesionar y armonizar los diferentes derechos sanitarios nacionales, sino que tiene que existir una firme voluntad de facilitar y fortalecer la cooperación sanitaria internacional.

No podemos obviar que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha desplegado una prolífica actividad normativa relacionada con la salud, pues uno de sus objetivos es la solución de los problemas sanitarios internacionales⁴². Pero los intereses políticos en su seno decisorio suponen un bloqueo en la toma de decisiones, en particular por la prohibición de intervenir en asuntos internos, que se desprende al artículo 2 (7) de la Carta de las Naciones Unidas. Solo existe un derecho a intervenir cuando el estado en cuestión no pudiera garantizar la protección de sus habitantes y salvaguardar la seguridad sanitaria, correspondiendo en última instancia al Consejo de Seguridad de la ONU.

Por ello, lo acontecido con la covid-19 evidencia la constatación realizada hace años de que «el mundo está mal preparado para responder a una pandemia grave»⁴³. Demuestra que no solo son necesarias advertencias y recomendaciones, sino otro tipo de medidas que permitan evitar la descoordinación internacional y la existencia de dos o más velocidades en la respuesta nacional a una amenaza de este tipo.

Aunque hace semanas sonase utópico (como distópico sea lo vivido desde entonces), conviene reivindicar el manifiesto para un nuevo constitucionalismo, más allá del Estado, para alumbrar una «Constitución de la Tierra». Fue dada a conocer en Roma el 21 de fe-

ébola, la fiebre hemorrágica de Marburgo, el síndrome agudo respiratorio severo (SARS), la gripe aviar o, más recientemente, la nueva gripe A (H1N1).

⁴² Artículo 55 b) de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, BOE de 16 de noviembre de 1996.

⁴³ *No solo la ausencia de enfermedad*. Duodécimo programa general de trabajo, OMS, adaptado por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2013, p. 33.

brero con esta intención: «Que instituya una esfera pública internacional a la altura de los desafíos globales y, en particular, funciones e instituciones supranacionales de garantía de los derechos humanos y de la paz»⁴⁴.

4.2. La producción normativa de la OMS: ¿*soft law* o *hard law*?

La OMS (en inglés bajo las siglas WHO, World Health Organization) es la agencia especializada de la ONU que tiene como finalidad alcanzar para todos los pueblos el más alto grado de salud⁴⁵.

Entre los textos que emanan de la OMS están los acuerdos, las convenciones, los reglamentos y las recomendaciones en materia de salubridad internacional y para prevenir la propagación de enfermedades.

Salvo los reglamentos, el resto son *soft law*, es decir, no vinculantes; se trata de meras declaraciones de intenciones como recomendación general en materia de salud (Baelo Álvarez, 23 de marzo de 2020).

Los reglamentos son *hard law*, pues establecen obligaciones jurídicas para los Estados que se verán obligados a su cumplimiento. En particular, para el caso que nos ocupa, el actual Reglamento Sanitario Internacional (RSI), que entró en vigor el 15 de junio de 2007 y que obliga formalmente a España.

Pero a diferencia de otras normas *hard law*, el RSI no prevé mecanismo de coerción a los Estados miembros para su cumplimiento. Ello a pesar de que el objetivo del RSI es el de proteger a todos los Estados contra la propagación internacional de enfermedades, incluidos los riesgos graves para la salud pública y las emergencias sanitarias.

Como queriendo legitimarse, el Real Decreto 463/2020, en su exposición de motivos, alude a que la OMS habría elevado el 11 de marzo de 2020 la ESPII ocasionada por la covid-19 a pandemia internacional (recuérdese que la ESPII había sido declarada el 30 de enero)

En el artículo 1 del RSI se define a la ESPII como un evento extraordinario que constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y que podría exigir una respuesta internacional coordinada.

⁴⁴ Fragmento de la entrevista a Luigi Ferrajoli, filósofo del derecho. «Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata». *El País*, 28 de marzo de 2020.

⁴⁵ Artículo 1 de Constitución de la OMS adoptada en la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

Su finalidad es fortalecer la colaboración a escala mundial intentando mejorar la capacidad de respuesta coordinada, con tres importantes incentivos: reducir los graves trastornos de un brote, acelerar su contención y mantener el prestigio de la comunidad internacional (Gallego Hernández, 2019, p. 192).

El propio RSI define la seguridad en materia de salud pública como «el conjunto de actividades proactivas y reactividades necesarias para reducir al mínimo la vulnerabilidad a los eventos agudos de salud pública que ponen en peligro la salud colectiva de las poblaciones nacionales».

El esfuerzo retórico es loable, pero quizás algo alejado todavía de su eficacia práctica, si nos atenemos al descontrol de la pandemia por la covid-19. La ausencia de una decidida, y sobre todo uniforme, voluntad política por las diferentes prioridades de los sistemas de salud regionales (Europa como ejemplo) ha provocado una inestable cooperación global, quizás por falta de liderazgo o quizás porque faltan instituciones internacionales con la misma *auctoritas* pero con más *potestas*.

Sin cooperación internacional la seguridad sanitaria es un desiderátum en un escenario en el que la «globalización ha aumentado la vulnerabilidad y la interdependencia de los países»⁴⁶. O como también se afirma, «ningún país, por más preparado que esté, o por más rico o tecnológicamente avanzado que sea, puede prevenir, detectar y dar respuesta por sí solo a todas las amenazas para la salud pública»⁴⁷.

La forma de actuación de la OMS ante una ESPII es a través de recomendaciones y la adopción de diversas medidas, junto con el papel de los comités. Pero, recordémoslo, aunque el RSI sea *hard law* no recoge sanción jurídica ante su incumplimiento, incluso por negligencia.

Bien es cierto que por algún autor se dice, recurriendo a un oxímoron que evidencia la endeblez del argumento, que las recomendaciones deben ser adoptadas por los Estados por una «voluntariedad obligatoria» (Saura Estapá, 2010, p. 108). Se trata de un enfoque moral por la fuerza de convicción de su loable fin: garantizar la salud, evitando riesgos y amenazas a la seguridad sanitaria internacional. Pero la fuerza de la moral no es suficiente para propender la cohesión internacional frente a un enemigo común que no entiende de fronteras.

⁴⁶ Palabras del primer ministro Lee Hsien Loong en el *Debate de alto nivel para mejorar la seguridad sanitaria internacional*, OMS, marzo de 2007. Citado por Gallego Hernández (2019, p. 104).

⁴⁷ Palabras del ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, Sr. Jonas Gahr Store, en el *Debate de alto nivel para mejorar la seguridad sanitaria internacional*, OMS, marzo de 2007. Citado por Gallego Hernández (2019, p. 105).

A la vista de lo anterior entendemos que una de las rémoras de la producción normativa de la OMS es precisamente la falta de coerción propia del derecho (*hard law*). De poco sirven las meras recomendaciones (*soft law*) dirigidas a la ordenación de las medidas eficaces para el control de una pandemia, si luego cada Estado, o incluso cada región, puede proceder según su particular criterio.

Cuestión distinta es que aun sin esa vinculación a lo que son simples orientaciones en materia de salud pública, la innegable *auctoritas* de la que aparecen revestidos los mandatos de la OMS, sí que pueden determinar el patrón o estándar científico de actuación, es decir, el protocolo a seguir en materia de control y prevención de la población frente al riesgo de una pandemia.

5. A modo de conclusión: ¿solidaridad social o fuerza mayor?

En este trabajo he pretendido hacer revisión de lo ocurrido, fundamentalmente en las semanas previas a la declaración del estado de alarma, comparando lo que se hizo en España con lo que desde la OMS se recomendaba hacer, para proceder a su análisis jurídico desde la perspectiva del principio de precaución y la transparencia que va ligada al mismo.

La conclusión es que se dan los presupuestos del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, más en concreto del Ministerio de Sanidad, en su labor de coordinación e información, al minusvalorar el riesgo y permitir que la pandemia fuera especialmente virulenta en nuestro país, sobre todo cuando ya lo era en algunas regiones de Italia.

El tsunami viral que nos ha arrasado, tanto en lo sanitario como en el económico y social, no surgió en nuestro país espontáneamente, sino que se vino aproximando de forma progresiva. Los mecanismos de alerta fallaron, hasta el punto de que se animó a la población a participar en eventos multitudinarios cuando desde la OMS se desaconsejaba.

Pero, quizás, el principal reproche sea que, como el capitán del Titanic, se confió en la fortaleza de un sistema sanitario que descubrió sus propias debilidades, especialmente en el epicentro nacional de la pandemia y su zona más afectada: Madrid. La música de esa orquesta coral que fueron nuestras Administraciones sanitarias sonó hasta poco antes de la declaración del estado de alarma a melodía festiva, mientras la población confiada no se protegía.

Si esa errónea aplicación del principio de precaución, y si esa falta de transparencia e información de los riesgos epidemiológicos, dará o no lugar a la declaración judicial de la responsabilidad patrimonial del Estado, será una cuestión que ahora solo podemos atisbar. Con la perspectiva planteada mi visión es que se dan los presupuestos fácticos y jurídicos para apreciarla.

En todo caso la decisión judicial que en su momento se dicte balanceará entre dos criterios contrapuestos: el principio metajurídico de la solidaridad social, considerando que debe indemnizarse por el Estado al tratarse de un daño cuasiexpropiatorio; o la excepción de fuerza mayor, considerando que el daño era inevitable por la excepcionalidad de una pandemia condicionada, además, por las limitaciones de la ciencia ante un virus desconocido.

Si el fiel de la balanza de la Justicia se inclinase hacia el primer criterio, será en gran medida porque el análisis de la actuación administrativa no supere el test de la precaución y la transparencia. Es decir, porque se aprecie que el Ministerio de Sanidad minusvaloró el riesgo e informó erróneamente, lo que a lo postre evidenciaría un funcionamiento anormal en el desarrollo de sus competencias ante esta pandemia.

En Ourense (lugar de mi confinamiento), a 12 de abril de 2020.

P. D.: En las postrimerías de este fatídico año 2020 el tiempo transcurrido entre la fecha de remate de este trabajo y lo ocurrido desde entonces es la mejor prueba de validez de sus reflexiones y conclusiones. La descoordinación administrativa, la precaución mal entendida («hemos ganado la batalla al virus», se decía solemnemente desde el atril del palacio de la Moncloa en el mes de junio) y una transparencia inexistente por mensajes equívocos y rectificaciones constantes, con el consiguiente caos en la población, nos ha conducido a una segunda ola más intensa en contagios que la primera, evidenciando que carecemos de un sistema de salud pública sólido y consistente, falto de ese liderazgo más necesario si cabe en un Estado descentralizado, lo cual denota un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, presupuesto de su responsabilidad patrimonial.

Referencias bibliográficas

- Agudelo Montoya, G. y López Mejía, J. F. (2009). El principio de precaución en el plan nacional de salud pública de Colombia: ¿ausencia o gran mal? *Revista Luna Azul*, 28.
- Aragón, M. (10 de abril de 2020). Hay que tomarse la Constitución en serio. *El País*.
- Baelo Álvarez, M. (23 de marzo 2020). ¿Son jurídicamente vinculantes para España las recomendaciones de la OMS relativas al covid-19? *Diario La Ley*, 9599.
- Brent, R. (2006). *Pediatrics* (Ed. esp.), 62(5), 713-5.
- Corti Varela, J. (2017). *Revista Española de Derecho Internacional*, 69(1).
- De Ahumada Ramos, F. J. (2009). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*. Thomson Reuters, Aranzadi.
- Díez-Picazo Ponce de León, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Thomson Reuters.
- Figuerola Yáñez, G. (2004). El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil. En C. M.^a Romeo Casabona, *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*. Comares.
- Foster, K. R., Vecchia, P. y Repacholi M. H. (2000). Risk management: Science and the precautionary principle. *Science*, 288, 979-981.
- Gallego Hernández, A. C. (2019). *El Derecho internacional de la salud a la luz de la paz y seguridad internacionales*. Dykinson.
- García-Altés, A. y Argimon, J. M. (2016). La transparencia en la toma de decisiones de salud pública. *Gaceta Sanitaria*, 30(S1).
- Gómez Puente, M. (1994). Responsabilidad por inactividad administrativa. *DA*, 237-238.
- González Pérez, J. (2009). *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. (5.^a ed.). Thomson Reuters, Civitas.
- Huelín Martínez de Velasco, J. (2005). El control judicial del principio de precaución ¿Control judicial de la incertidumbre? En *El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español*. Consejo Judicial del Poder Judicial.
- Hurtado Díaz-Guerra, I. (2018). *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*. Tirant lo Blanch.
- Jamieson, D. y Wartenberg, D. (2001). The precautionary principle and electric and magnetic fields. *Am J Public Health*, 91, 1355-8.
- Meneu, R. y Ortún, V. (2011). Transparencia y buen gobierno en sanidad. También para salir de la crisis. *Gaceta Sanitaria*, 25.
- Mir Puigpelat, O. (2000). *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (2007). La «asistencia sanitaria» como «derecho fundamental» y el «sistema nacional de salud» como «garantía institucional»: Balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador. En J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M. N. Nieves Moreno (Dir.), *Comentario Práctico a la Legislación Reguladora de la Sanidad en España*. Comares.
- Pantaleón Prieto, F. (1995). *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*. Cuadernos Civitas.
- Pérez Escalona, S. (2009). *Riesgo y Derecho de daños*. En D. San Martín Seguro y R.



Susín Betrán (Coords.), *Derecho y Política en la sociedad de riesgo. 8 propuestas de cine*. Universidad de La Rioja.

Romeo Casabona, C. M.^a (2004). Aplicaciones del principio de precaución al Derecho Penal. En C. M.^a Romeo Casabona (Ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*. Comares.

Sánchez, R. (2002). El principio de precaución: implicaciones para la salud pública. *Gac Sanit*, 16(5), 371-3.

Saura Estapá, J. (2010). La Organización Mundial de la Salud y la cooperación internacional frente a las grandes pandemias. El nuevo reglamento sanitario internacio-

nal. En X. Pons Rafols (Ed.), *Salud pública mundial y Derecho Internacional*. Marcial Pons.

Tolosa Tribiño, C. (26 de marzo 2020). El contagio por coronavirus desde la perspectiva administrativa. *Diario La Ley*, 9601.

Xeuba Hernández, F. X. (2009). Las emergencias del Derecho Internacional de la Salud. *Revista Digital Facultad de Derecho*, 1.

Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.

Xiol Ríos, J. A. (2010). El daño moral y la pérdida de oportunidad. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1.



La responsabilidad patrimonial del Estado por defectuoso control de la valoración del riesgo de la víctima de violencia de género

Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

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

Extracto

Análisis de los supuestos en los que se deriva responsabilidad a la Administración pública en los casos en que una víctima de violencia de género ha presentado una denuncia por un hecho de violencia de género en dependencias policiales, y derivado a procedimiento judicial no se ha llevado a cabo un adecuado control de la valoración del riesgo, causando el autor de la inicial agresión, finalmente, la muerte de la víctima ante el déficit de protección.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial; violencia de género.

Fecha de entrada: 18-10-2020 / Fecha de aceptación: 19-11-2020

Cómo citar: Magro Servet, V. (2021). La responsabilidad patrimonial del Estado por defectuoso control de la valoración del riesgo de la víctima de violencia de género. *Revista CEFLegal*, 240, 99-120.



The patrimonial responsibility of the state for defective control of the valuation of the risk of the victim of gender violence

Vicente Magro Servet

Abstract

Analysis of the assumptions in which responsibility is derived to the public Administration in cases in which a victim of gender violence has filed a complaint for an act of gender violence in police units and referred to a judicial procedure, there has been no carried out an adequate control of the risk assessment, finally causing the perpetrator of the initial attack the death of the victim due to the lack of protection.

Keywords: patrimonial responsibility; gender violence.

Citation: Magro Servet, V. (2021). La responsabilidad patrimonial del Estado por defectuoso control de la valoración del riesgo de la víctima de violencia de género. *Revista CEFLegal*, 240, 99-120.

Sumario

1. Introducción
2. Condena a la Administración pública por crimen de quien fue denunciado por la víctima a favor de la que no dictaron ninguna orden de protección. Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2020, rec. núm. 2187/2019
 - A) Reclamación patrimonial a la Administración por defectuoso funcionamiento de la Administración pública
 - B) Requisitos para la viabilidad de la reclamación patrimonial
 - C) Caso concreto en el que se produce la reclamación
 - D) Causalidad entre la defectuosa valoración del riesgo y el asesinato
 - E) La determinación de una correcta valoración del riesgo y la posible alteración del resultado que ocurrió
 - F) No se pone el acento en la sentencia en un caso de error judicial
 - G) Observancia de la normativa aplicable sobre la valoración del riesgo y la orden de protección desde el punto de vista policial
 - H) ¿Cómo opera o se instrumentaliza esa intervención policial?
 - I) Nada ni nadie puede asegurar que si se hubiera efectuado una determinación del nivel de riesgo alto el crimen no se hubiera cometido
 - J) Dictamen del Consejo de Estado y voto particular explicativo
 - K) Conclusión estimativa del tribunal de la responsabilidad de la Administración pública por medio de la actuación policial no acertada o inadecuada valoración del riesgo
 - L) La fijación del *quantum* indemnizatorio
3. Análisis de la necesidad de llevar a cabo una adecuada valoración del riesgo. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 371/2018, de 19 de julio de 2018, rec. núm. 10067/2018



1. Introducción

Tratamos en el presente estudio sobre los casos de denuncias por hechos de violencia de género que presentan las víctimas en dependencias policiales, donde es preceptivo un análisis de la valoración del riesgo de las mismas, a fin de que su inclusión en el atestado sirva como herramienta, o instrumento de información suficiente a la autoridad judicial a la hora de acordar en la orden de protección las medidas procedentes, para que la víctima tenga ayuda suficiente que evite que pueda reiterarse la agresión que determinó la precedente denuncia.

Es fundamental en la actualidad que la adecuada protección de las víctimas de violencia de género sea real y efectiva mediante un examen detallado sobre las circunstancias que rodean los hechos de maltrato de la víctima y las medidas de protección mediante una evaluación del riesgo ponderada y eficaz que ayude a la autoridad judicial en su pronunciamiento sobre la orden de protección.

Hoy en día existe el sistema VioGén, el sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, que realiza el seguimiento y la protección de las mujeres víctimas de violencia de género y de sus hijos, en donde consta la calificación del estado de las víctimas de violencia de género y el riesgo en el que se encuentran de que sean de nuevo victimizadas por sus parejas o exparejas, lo que determina la existencia de niveles de estados de protección en razón del alcance de la valoración del riesgo detectado. A fecha 30 de marzo de 2020 había en el sistema VioGén un total de 588.173 casos registrados de víctimas y su personal valoración del riesgo.

La cuestión que ahora tratamos es que una defectuosa o inexistente valoración del riesgo de la víctima puede hacerlas más víctimas por una reiteración en la agresión que pueda acabar con la vida de la víctima.

El 21 de julio de 2016 el secretario de Estado de Seguridad firmó la Instrucción que pone en marcha el nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género y de gestión de la seguridad de las víctimas de violencia machista. Las herramientas citadas en el protocolo se incorporaron desde dicha fecha en el sistema VioGén del Ministerio del Interior.

VioGén es un sistema que permite afrontar la violencia de género con un enfoque preventivo y anticipativo. Está basado en un análisis permanente de riesgo, que analiza la peligrosidad de los maltratadores y la vulnerabilidad de las víctimas, como también otras circunstancias que las rodeen. Valora, pues, de manera individualizada y continuada, el riesgo al que puedan estar sometidas.

Los nuevos formularios de valoración policial del riesgo (VPR) y valoración policial de evolución del riesgo (VPER) fueron elaborados teniendo en cuenta los cambios sociales que se han producido desde el 2007, fecha en la que se puso en marcha el sistema VioGén. Contempla indicadores tales como el uso generalizado de internet y de las redes sociales y por tanto la necesidad de adaptar los formularios a esta realidad cambiante. Se destacan también las diferentes formas de violencia de género detectadas entre adolescentes, la realidad de las mujeres con discapacidad maltratadas y la necesidad de abordaje de la seguridad de menores de edad a cargo de las víctimas de violencia de género.

La violencia de género es uno de los ilícitos penales en donde se dan con más frecuencia las «cifras negras de la criminalidad». Y así lo hacía constar hace unos años el primer delegado del Gobierno para la Violencia de Género que tuvo España, Miguel Lorente, que ponía cifras: 600.000 mujeres padecen maltrato en España (macroencuesta CIS), pero se denuncian menos de 200.000 casos al año y se condenan en torno a 20.000. Con ello, la protección real de los casos de malos tratos que existen es complicado, por cuanto no se conoce realmente el maltrato exacto que existe.

Pues bien, esta detección del riesgo por parte de la policía es fundamental a la hora de incluirlo en el atestado policial que es remitido al juzgado de violencia contra la mujer, a la hora de que el juez tenga elementos suficientes para el dictado de la orden de protección.

Según los últimos datos de la estadística del CGPJ sobre la violencia de género y la concesión de las órdenes de protección, el porcentaje de concesiones de las mismas frente a las solicitadas está en el 71 %, lo que nos lleva a una ratio de que por cada 4 que se instatan se conceden 3, lo que ha elevado un tanto el existente hace unos 5 años, que bajó al 64 %, aunque menor que el existente cuando se empezaron a poner en marcha las citadas órdenes, que arrancó con un 84 %. Sea como fuere, la cuestión se ubica en qué ocurriría si se deniega una orden de protección (una de las que están en ese 29 % de casos en los que ha habido inicio de procedimiento penal por hecho de violencia de género) (7 de cada 10 lo son por denuncia de la mujer) y luego el denunciado acaba con la vida de la víctima.

Es evidente, y así hay que indicarlo, que en muchos casos la orden de protección puede que no impida el hecho de la muerte, pero al menos el sistema, la Administración pública, ha hecho lo posible para proteger a la víctima.

La cuestión que afecta a la responsabilidad del Estado es cuando esto ocurre, que es el supuesto que se analizó en la sentencia que ahora se desglosa de la Audiencia Nacional.

2. Condena a la Administración pública por crimen de quien fue denunciado por la víctima a favor de la que no dictaron ninguna orden de protección. Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2020, rec. núm. 2187/2019

El caso se centra en un supuesto en el que se cometió un crimen de la misma persona que previamente había maltratado a la víctima que ya antes había denunciado estos hechos, y que, sin embargo, no se llevó a cabo un adecuado pronóstico acerca del riesgo de la víctima, por lo que no recibió orden de protección, siendo asesinada posteriormente.

Es por ello por lo que se insta la responsabilidad patrimonial de la Administración, al sostenerse el defecto en el análisis adecuado de la valoración del riesgo en la víctima, que hubiera proporcionado una adecuada información al juez a la hora de resolver sobre la orden de protección.

A) Reclamación patrimonial a la Administración por defectuoso funcionamiento de la Administración pública

Señala la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a, de 30 de septiembre de 2020 en este punto que sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial, el artículo 106.2 de la Constitución garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones públicas «por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», en los términos establecidos por la ley.

En su desarrollo legislativo, el actual artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración pública correspondiente de toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

Lo resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial es la lesión, pero esta solo puede ser apreciada si el daño que le sirve de presupuesto reúne los requisitos que declara la jurisprudencia en interpretación de estas normas.

B) Requisitos para la viabilidad de la reclamación patrimonial

Se recuerda que el Tribunal Supremo (entre las últimas, sentencias de 19 de febrero de 2016 [rec. núm. 4056/2014] y 5 de diciembre de 2014 [rec. núm. 1308/2012]) ha estimado

que, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurren los siguientes requisitos o presupuestos:

1. Hecho imputable a la Administración.
2. Lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
3. Relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y
4. Que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.
5. Que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa.

C) Caso concreto en el que se produce la reclamación

La reclamación por responsabilidad de la Administración tiene su origen en lo que la sentencia señala en cuanto al funcionamiento anormal de la actuación de la Guardia Civil, que se concreta en el informe como riesgo «no apreciado» de la solicitud de orden de protección presentada por la denunciante el 17 de septiembre de 2016. Dicha valoración policial de los riesgos se erige en la demanda en la causa directa de la denegación de la orden de protección por el Juzgado de Sanlúcar la Mayor, llegando a considerar los recurrentes tal calificación como el factor decisivo en su fallecimiento.

D) Causalidad entre la defectuosa valoración del riesgo y el asesinato

Apunta la sentencia que, respecto a la causalidad, debe considerarse la *previsibilidad del evento* y la *ausencia de medidas precautorias por parte de la Administración*, para apreciar la existencia de un *nexo causal entre el fatal desenlace y la omisión de las autoridades y funcionarios que no desarrollaron la diligencia exigible para evitar un resultado predecible*, entre otras sentencias de la Sección 6.ª de 4 de mayo de 1999 (casación 733/95), FJ 7.º; 4 de octubre de 1999 (casación 5257/95), FJ 4.º; 28 de marzo de 2000 (casación 1067/96), FJ 9.º; 3 de junio de 2002 (casación 927/88), FJ 3.º; 18 de julio de 2002 (casación 1710/98), FJ 9.º, y de 21 de marzo de 2007 (casación 6151/02), FJ 3.º.

Si bien, constituye jurisprudencia consolidada que la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien formula la reclamación, esto es, la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración, «por todas, STS, Sección Sexta, de 25 de mayo de 2010 (recurso 6128/2005)».

¿Podría interrumpirse ese nexo causal si hay intervención de terceros o la propia víctima que coadyuve en la causación del resultado?

Recuerda sin embargo la sentencia que conviene, en este punto, llamar la atención sobre la posible intervención de terceros en la producción de los daños, que puede llevar a la exoneración de la responsabilidad para la Administración cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido.

Constituye también reiterada doctrina jurisprudencial, que:

No obstante, el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el servicio público en cuyo ámbito se han producido los hechos, aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso. Así se refleja en sentencias como las de 27 de diciembre de 1999 y 23 de julio de 2001 [y las que en ellas se citan]. Por todas, STS, Sala 3.^a, sec. 4.^a, S 08-11-2010 (recurso 685/2009).

La realidad del daño es un hecho objetivo inalterable: *el daño real lo ha causado el asesinato de la hija y madre de los reclamantes*, respectivamente. La solicitud de indemnización lo es por los perjuicios –económicos o morales– derivados del fallecimiento ocurrido por la acción criminal del marido.

E) La determinación de una correcta valoración del riesgo y la posible alteración del resultado que ocurrió

Es importante valorar la relevancia de que una adecuada valoración del riesgo hubiera podido alterar el resultado criminal que se produjo. Ciertamente es que, al menos, nunca se podrá saber si la realidad hubiera cambiado, pero, al menos, la víctima hubiera constado en la relación de «protegidas».

Señala, así, la sentencia que la determinación de concurrencia de relación de causalidad del daño con la valoración del riesgo de los agentes de la Guardia Civil responde a un proceso de razonamiento lógico-jurídico sujeto a criterios valorativos.

Para estimar una incidencia relevante en dicho acto criminal de la actuación de los agentes que levantaron el atestado, habría que deducir que *de haberse apreciado la situación de riesgo de la denunciante, se hubiera aplicado, al menos, una protección policial que hubiera podido evitar el fatal desenlace*.

Ello lleva a examinar no solo la relación de causalidad, sino también a formular un juicio de imputación del daño que permita conectar suficientemente el perjuicio producido con la actividad desarrollada por los agentes que instruyeron las diligencias policiales.

Concurren en este caso varias conductas encadenadas:

1. La acción positiva directa del marido asesino.
2. La acción indirecta de la juez de primera instancia e instrucción que denegó la orden de protección.
3. La omisión de los agentes de la Guardia Civil que no apreciaron riesgo de protección de la víctima.

F) No se pone el acento en la sentencia en un caso de error judicial

La clave de la sentencia no lo es por error judicial, es decir, por un fallo del juez a la hora de no dictar la orden de protección cuando debió hacerlo, sino por no recibir una adecuada información de la Guardia Civil acerca de cuál era la situación real del riesgo de la víctima, para que hubiera ayudado al juez en su información a la hora de dictar un auto de orden de protección.

Apunta, por ello, la sentencia que en este proceso no se reclama por la decisión judicial de denegar la orden de protección solicitada, y que, en caso de considerarla contraria al ordenamiento jurídico, sería un supuesto de error judicial.

La decisión acordada por auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sanlúcar La Mayor entra por completo en el ámbito de la función jurisdiccional y está sometida al régimen de recursos correspondientes, de modo que las consecuencias dañosas que pudieran eventualmente derivarse de las mismas no integran un supuesto de responsabilidad por funcionamiento anormal, sino que el pretendido error en que estas resoluciones jurisdiccionales pudieran haber incurrido no pueden dar lugar en nuestro ordenamiento jurídico a una indemnización de daños y perjuicios sin que previamente se haya declarado la existencia de un error judicial por el procedimiento establecido en el artículo 293 de la LOPJ; «en este sentido, sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2016 (recurso de casación 515/2009)».

G) Observancia de la normativa aplicable sobre la valoración del riesgo y la orden de protección desde el punto de vista policial.

Señala la sentencia que sobre la actuación de los agentes de la Guardia Civil que registraron la denuncia cabe diferenciar dos aspectos.

Primero, si la apreciación de riesgo por los agentes habría sido determinante para que la autoridad judicial hubiera accedido a la medida cautelar solicitada, conforme ha sido planteada la reclamación, y segundo, si la actuación de los agentes se aparta de las exigencias de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Es cierto, como razona la resolución recurrida y defiende la abogada del Estado, que no existe ninguna previsión normativa que considere vinculante para el juez penal la apreciación de riesgo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica regulada en el artículo 544 ter de la LECrim. refiere la apreciación por el juez de instrucción de «existencia de indicios racionales de criminalidad» y existencia de «una situación objetiva de riesgo para la víctima», orden que puede ser acordada de oficio o a instancia de la víctima o del Ministerio Fiscal, tras la audiencia urgente con la víctima o su representante legal, el presunto agresor, asistido, en su caso, de abogado y el Ministerio Fiscal. Cuando se solicite la orden de protección ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como es el caso, habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente y facilitarán a las víctimas la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

También de acuerdo con lo previsto en el artículo 282 de la Ley de enjuiciamiento criminal, los miembros de la policía judicial llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas policiales deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponde adoptar al juez o tribunal competente.

En este concreto aspecto debe estimarse que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en funciones de policía judicial, atendieron formalmente a lo dispuesto en la norma, siendo la valoración del riesgo objetivo para acordar la orden de protección una apreciación exclusiva del juez de guardia, decisión que, en cualquier caso, no se recurrió y quedó firme –la denunciante fue asistida en el juicio por un abogado de oficio designado para dicha audiencia–.

Sin embargo, la actuación de los agentes ante situaciones de violencia de género no debería quedar limitada a aspectos formales de atención a la denunciante, asistencia, información de derechos y citación a juicio, sino que su actuación exige una atención preferente de asistencia y protección de las mujeres que han sido objeto de comportamientos violentos en el ámbito familiar, a los efectos de prevenir y evitar, en la medida de lo posible, las consecuencias del maltrato.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, tras llamar la atención en su exposición de motivos, sobre que

los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud,

en su artículo 31 referido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su apartado 3, dispone que su actuación habrá de tener en cuenta el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género.

El citado protocolo fue aprobado por la Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Orden de Protección, el 10 de junio del 2004, y por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, el 27 de septiembre del mismo año, posteriormente actualizado.

Contiene el mismo un detallado elenco de actuaciones policiales desde la investigación policial: recogida de la denuncia, elaboración del atestado, control y seguimiento de las medidas judiciales de protección y aseguramiento de la víctima, control del cumplimiento efectivo de las medidas de alejamiento, comunicación con los órganos judiciales, actuaciones con el Ministerio Fiscal y datos estadísticos.

Junto a ello, por Instrucción 10/2007 se aprobó el «Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, y su comunicación a los Órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal», sustituida por la Instrucción 7/2016 de la Secretaria de Estado de Seguridad por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género y de gestión de seguridad de las víctimas, en vigor en el caso de autos, y actualmente sustituida por la Instrucción 4/2019, de 6 de marzo, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y el seguimiento de los casos a través del sistema VioGén.

H) ¿Cómo opera o se instrumentaliza esa intervención policial?

Señala la sentencia que la valoración policial y gestión del riesgo de violencia por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad permite clasificar y proteger a las víctimas en función del riesgo, así como informar a las autoridades judiciales de sus estimaciones.

Los agentes actuantes rellenan el formulario del sistema VioGén (formulario VPR), que contiene una serie de indicadores, y el sistema asigna automáticamente un nivel de riesgo a la víctima conforme a los datos introducidos en el formulario, aunque permite la modificación al alza por los agentes si consideran que resulta necesario asignar un nivel de riesgo más alto para una mejor protección de la víctima.

El resultado de la valoración se hace constar por diligencia en el atestado en informe automatizado. Se informará a la víctima de las medidas de autoprotección, según el nivel de riesgo, y habrá un seguimiento de la evolución del nivel de riesgo mediante formulario de evolución del nivel de riesgo (formulario VPER).

En caso de riesgo «no apreciado», como este caso, el nivel de información es el mismo que al de cualquier denunciante: información de derechos y recursos a su disposición, recomendaciones de autoprotección y facilitar teléfonos de emergencias y atención especializada, no estando previsto plazo de nueva valoración si no hay orden de protección judicial, pudiendo cambiar el caso a situación de «inactivo».

Es indudable que el sistema de medición de la intensidad del nivel de riesgo, aunque se trate de la evaluación inicial, da una predicción no solo para aplicar las medidas de protección policial adecuadas a cada nivel de riesgo, sino que proporciona información relevante a la autoridad judicial que tiene que adoptar la orden de protección. La medición policial del riesgo no es decisiva para el juez, pero es información especializada de asesoramiento útil para la valoración judicial de la «situación objetiva de riesgo para la víctima» que exige la ley procesal en la adopción de medidas cautelares de protección, junto con otros instrumentos de valoración.

CUESTIÓN CLAVE

Lo que está en cuestión en el asunto ahora examinado no es el cumplimiento del citado protocolo en cuanto a la realización de las valoraciones policiales del riesgo, medidas adoptadas e información dada a la víctima, que consta que se cumplió, sino si la propia estimación inicial de la situación de riesgo, asignando el nivel más bajo, «no apreciado», que conlleva una mínima protección policial, resultó inadecuada, a resultas del asesinato de la denunciante por su marido un mes después de interponer la denuncia, resultado fatal que es el que todos estos protocolos tratan de impedir.

I) Nada ni nadie puede asegurar que si se hubiera efectuado una determinación del nivel de riesgo alto el crimen no se hubiera cometido

En cualquier caso, aunque la estimación del riesgo de la denunciante respecto a su presunto agresor no supone probabilidad real de comportamiento violento, y aunque tampoco una protección más elevada puede evitar, desgraciadamente, el asesinato de mujeres por violencia de género, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial ahora accionada ha de analizarse la reparación adecuada e indemnización integral y proporcional a la gravedad de los hechos en cuanto al fallo en el funcionamiento del sistema de protección de un mujer denunciante de violencia física, sexual, emocional y de control, con dos hijos menores, sin medios de vida, acorde al derecho reconocido en el artículo 106.2 de la Constitución.

J) Dictamen del Consejo de Estado y voto particular explicativo

Destaca la sentencia el acierto en el contenido del voto particular del dictamen emitido en el Consejo de Estado, al apuntar que el dictamen del Consejo de Estado que propone desestimar la reclamación, al no poderse predicar responsabilidad alguna del funcionamiento de la Guardia Civil ni, por ende, de la Administración General del Estado, razona:

No aprecia el Consejo de Estado que, inserta en el seno del procedimiento previo que preludia el proceso cautelar jurisdiccional, la actuación de la Guardia Civil evaluando el nivel de riesgo pudiera ser causa de los daños que luego derivaron al producirse el asesinato de la Sra. Raquel por su pareja Rafael, todo ello sin perjuicio de informar a los interesados de que la vía procedente pudiera ser la de reclamar por un eventual error judicial.

El voto particular, sin embargo, de innegable crítica a la investigación policial, pondera la declaración de la denunciante y desmonta la apreciación del auto judicial, considerando que existía una situación de riesgo objetivo para la denunciante no apreciado en el informe de la Guardia Civil, basándose en las alegaciones al respecto del instructor del expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial, concluyendo la inadecuada valoración policial de los riesgos e inaplicación del protocolo para la valoración del nivel de riesgo de violencia de género.

A este respecto, sobre la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, en caso de muerte violenta de una mujer que puso una denuncia contra su marido, que solicitó la adopción de medidas de protección a las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado, y que tan solo un mes después fue asesinada por aquel, no puede haber ningún deber jurídico que la perjudicada, sus hijos o sus padres deban soportar, sino que debe estimarse una responsabilidad directa y objetiva del Estado, a quien corresponde dar respuesta eficaz en evitación de tal resultado, debiendo hacer frente a los daños ocasionados por el funcionamiento, incluso cuando fuera normal, del servicio público.

Al menos, la concienciación social e institucional sobre la importancia del problema de la violencia de género exige una mayor sensibilización de la que mostró en este caso el puesto de la Guardia Civil de San Lúcar la Mayor.

En el asunto concreto, hay suficientes elementos, tanto en la denuncia como en el informe del Punto de Igualdad Municipal de Olivares, así como en la declaración judicial, para que se hubiera dado un nivel mayor de protección por la Guardia Civil, al menos en el seguimiento del caso que dejaron en manos del citado punto de igualdad.

Ilustrativo al respecto es el detallado voto particular del dictamen del Consejo de Estado, que la demanda reproduce, y que, parcialmente transcribimos para comprender el funcionamiento erróneo de la Guardia Civil, como policía judicial:

I. Funcionamiento erróneo del servicio de la Guardia Civil como policía judicial

1. Inadecuada valoración policial de los riesgos

[...] En el presente caso, existe de entrada un elemento incuestionable que permitiría concluir, sin otros añadidos, que *la valoración del nivel de riesgo fue incorrecta, a saber, la muerte violenta de la víctima a manos de su marido un mes después de la denuncia.* [...]

En primer lugar, destaca la presencia de lesiones constatadas por el informe facultativo. Más allá del cruce de acusaciones entre las partes, existe el hecho indubitado contenido en el parte de lesiones emitido por el servicio de urgencias que apreció en la víctima «erosiones en cuello y región superior cara anterior del tórax, hematoma infraorbitario izquierdo y tumefacción malar izquierdo».

Lo que a su vez correspondía a la declaración contenida en la denuncia de la víctima de haber recibido un puñetazo en el pómulo izquierdo y de haber sufrido empujones y agarrones. Por el contrario, no se constatan lesiones de tipo alguno en el marido, quien sostiene no haber agredido a su mujer y ser en realidad él quien había sufrido las agresiones de la víctima. Dicho parte de lesiones debería haber bastado para poner en cuestión la credibilidad del marido y, en consecuencia, haber afianzado la de la víctima. De hecho, este elemento serviría por sí solo para elevar el nivel de riesgo apreciado, resultando extremadamente desaconsejable que la pareja volviera, como si nada hubiera ocurrido, a convivir en el domicilio conyugal.

En segundo lugar, a ello se añade que la agresión se produjo delante de los hijos (la denunciante entró en pánico cuando «... le lanzó un objeto e impactó fortuitamente en el pie del hijo de tres años») y de la madre del agresor que en todo momento intentó separar a este de la denunciante. De hecho, tampoco era la primera vez que se producían estos sucesos, pues se alude a la presentación de una denuncia anterior por amenazas con navaja, aunque fuera posteriormente retirada.

Por último, en tercer lugar, la víctima declaró que su cónyuge la había «obligado a mantener relaciones sexuales (sic)», lo que puede ser constitutivo de un delito de violación y eleva *per se* la potencial gravedad del caso.

No se entiende la expresión «sic» en el auto judicial, ni si ello es consecuencia del atestado previo o de la declaración en sede judicial.

En cualquiera de los dos casos, resulta del todo punto cuestionable. Cabe recordar, a estos efectos, la reciente Sentencia 254/2019, de 21 de mayo, de la Sala II del Tribunal Supremo cuando señala: «La libertad sexual de la mujer casada, o en pareja, emerge con la misma libertad que en cualquier otra mujer [...]. El matrimonio no supone la sumisión de un cónyuge al otro, ni mucho menos enajenación de voluntades ni correlativa adquisición de un derecho ejecutivo cuando se plantee un eventual incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, si así puede entenderse la afectividad entre los casados. La libertad sexual no se anula por la relación conyugal, por lo que no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante intimidación la voluntad contraria del otro cónyuge»: Es decir, nos encontramos muy claramente ante un posible delito.

2. Inaplicación y seguimiento del Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género

a) Incumplimiento de análisis de la valoración policial de los riesgos

No se contemplaron los parámetros de investigación policial determinados en el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (en los

supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre) y de gestión de la seguridad de las víctimas (anexo a la Instrucción 7/2016 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo género –Ley Orgánica 1/2004– y de gestión de la seguridad de las víctimas), «ante la noticia de un episodio de violencia de género, la actividad policial debe dirigirse a determinar una serie de cuestiones tales como los factores referidos a la violencia sufrida por la víctima, las relaciones mantenidas con el agresor, los antecedentes del propio agresor y su eterno, las circunstancias familiares, sociales, económicas y laborales de la víctima y el agresor, la retirada de la denuncia entre otras».

Esta información, continúa señalando el protocolo, es imprescindible para poder concretar el grado o nivel del riesgo de que se produzca una severa agresión contra la víctima, así como para determinar las medidas policiales de protección que deben ser adoptadas, siempre de manera personalizada e individual. A la vista del expediente, no consta que en este caso se hayan indagado y valorado en rigor todas estas cuestiones.

En primer lugar, en cuanto a los factores referidos a la violencia sufrida por la víctima, la actuación de la Guardia Civil debería haber ido encaminada a corroborar los extremos apuntados por la denunciante, entre otros, mediante la búsqueda de posibles testigos, tales como sus vecinos o allegados, especialmente teniendo en cuenta que, tal y como se desprende de la declaración de la víctima, los episodios de agresión se habían extendido por espacio de seis meses (parte judicial, pág. 42 del expediente). Más aún, tanto el atestado (pág. 31 del expediente) como el parte judicial (pág. 42 del expediente) dejan constancia expresa de la existencia de, al menos, un testigo (la madre del agresor).

En segundo lugar, la actuación policial de indagación de la Guardia Civil también debería haber sido más exhaustiva en relación con la comprobación de los antecedentes del propio agresor.

De haberlo sido, se habría debido investigar un episodio anterior, relatado por la víctima, en el que su marido quiso matar con su arma reglamentaria a su primera esposa (ya que había sido policía en la República Dominicana), así como sus actividades relacionadas con el narcotráfico (informe de actuaciones realizadas desde el punto de igualdad municipal del Ayuntamiento de Olivares, pág. 56 del expediente). Estas investigaciones se deberían haber realizado al amparo del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1981, cuyo artículo 37 permite a las autoridades españolas la petición –y obtención– de antecedentes penales de ciudadanos de la República Dominicana y viceversa.

Finalmente, en tercer lugar, no se tuvieron en consideración las circunstancias familiares, sociales, económicas y laborales de la víctima y su agresor. La víctima carecía de familiares directos en España, al contrario que su agresor, que contaba con la residencia de su madre en nuestro país y, en concreto, en el mismo mu-

nicipio. Por otro lado, la víctima tenía dos hijos pequeños, de cinco y tres años, a los que temía perder ante las insistentes amenazas de su agresor de llevarse a los niños y no volverlos a ver nunca más (informe de actuaciones realizadas desde el punto de igualdad municipal del Ayuntamiento de Olivares, pág. 57 del expediente). Asimismo, hasta poco antes de su asesinato, la víctima carecía de actividad laboral o profesional y de recursos propios, consiguiendo unos meses antes un empleo con una remuneración más bien discreta y estando en período de prueba hasta el momento del asesinato.

Es evidente que, *de haberse valorado suficientemente los anteriores factores exigidos en el referido protocolo, especialmente de haberse confirmado los antecedentes del agresor por violencia de género en su país de origen, la Guardia Civil habría contado con una información muy relevante, en orden a considerar la situación real de riesgo en la que se encontraba la víctima y su valoración, en consecuencia, del riesgo hubiera sido, no ya «medio», sino «alto» o «extremo».*

b) Incumplimiento del deber de seguimiento y análisis de la evolución de los riesgos existentes

El Protocolo vigente establece que la primera evaluación de la situación del riesgo de violencia la realicen el agente o agentes policiales que instruyen las diligencias y se ocupan de las investigaciones. No hay vestigio de la cumplimentación de los formularios que se prevén ni de las diligencias de instrucción necesarias para la averiguación de los hechos, tal y como dispone el procedimiento establecido en el citado Protocolo.

Siendo las relaciones interpersonales y la realidad cambiantes por definición, el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia sobre la mujer prevé un sistema dinámico que permite una modificación de la valoración del riesgo, para lo que es imprescindible que la autoridad policial realice un seguimiento, serio y riguroso, de las distintas circunstancias generadas en cada caso y su evolución.

Una vez realizada la primera valoración, se activan las medidas de protección que se consideren pertinentes, previa asignación automática de uno de los siguientes niveles de riesgo: «no apreciado», «bajo», «medio», «alto» y «extremo», que pueden ser modificados por los agentes al alza si, atendiendo a los indicios, lo consideran necesario para una mejor protección de la víctima.

En el primer nivel de riesgo «no apreciado», los agentes pueden cambiar los casos a situación de «inactivo» siempre que no tengan medidas judiciales de protección en vigor, en cuyo caso, han de permanecer en activo. Ahora bien, en cualquier momento un caso «inactivo» puede reactivarse si se tiene conocimiento de nuevos hechos o circunstancias que así lo requieran.

Esa inacción e incumplimiento del protocolo en el presente caso ha tenido, entre otras consecuencias, que las actuaciones realizadas desde el punto de igualdad municipal del Ayuntamiento de Olivares no fueran tenidas en cuenta ni suscitara una elevación de la valoración del riesgo como «no apreciado» (inicialmente errónea, como se ha visto).

Es de destacar, primero, el atroz relato de la víctima, que refirió, entre otros macabros episodios, un intento por parte de su agresor de matarla con un arma blanca tras su negativa a mantener relaciones sexuales (pág. 56 del expediente), o la acompaña al baño, cuando llega a casa la hace desnudarse para ver si trae la ropa interior con flujo (pág. 57 del expediente).

Pero, más allá del relato de la víctima, que tan injusta como incomprensiblemente se siguió poniendo en tela de juicio de forma reiterada, hay que destacar, en segundo lugar, las propias apreciaciones y sucesos vividos por las funcionarías del punto de igualdad municipal del Ayuntamiento de Olivares que llevaron a cabo las referidas actuaciones en cuanto a las apreciaciones, estas funcionarías relatan que durante la entrevista y descripción de su vida y de su marido Raquel llora continuamente, se observa que se muestra nerviosa, sudorosa, mirando continuamente hacia la puerta, acudiendo al baño en ocasiones en un discurso a veces incoherente y «a tropezones».

Se precisa parar en alguna ocasión para que la usuaria se relaje saliendo del despacho a fin de tomar el aire y ganar calma (pág. 57 del expediente).

Y, en tercer lugar, el relato de las mismas funcionarías del episodio del día 22 de septiembre de 2016, menos de un mes antes de la muerte violenta, de la víctima a manos de su marido, en los propios locales municipales. El agresor se presentó en dichos locales y entró, sin permiso, en el despacho en el que se estaba realizando la entrevista a la víctima. Raquel está totalmente pálida, temblorosa, llorando, se hace pipí, no para de moverse, de frotarse las manos, agacha la cabeza [...] y entre llantos afirma que es «el padre de sus hijos, su marido...». No puede casi articular palabra (pág. 59 del expediente).

Es lógico que la Guardia Civil estuviese en continuo contacto con el punto de igualdad municipal de Olivares, como se desprende, por ejemplo, de la comunicación que tiene lugar entre ambos organismos, con fecha 10 de octubre de 2016 (pág. 62 del expediente), es decir, solamente seis días antes del fallecimiento de la víctima. Lo que es incomprensible es que, a la vista de las actuaciones que se desarrollan en el punto de igualdad municipal de Olivares, cuyas funcionarías viven de primera mano, la actuación del agresor y el efecto que tiene en la víctima, la Guardia Civil no adoptase medida alguna para corregir la valoración del riesgo inicialmente realizada y desencadenar posibles medidas de protección.

Todo ello nos lleva a concluir en clara discrepancia con lo que sostiene el dictamen mayoritario, que, en este caso, la valoración realizada por los agentes de la Guardia Civil resultó negligente al no ponderar con rigor el riesgo real al que estuvo sometida la víctima, dejándola sin la protección debida, que podía haber evitado la tragedia final.

Lo que resulta tanto más grave considerando una muy preocupante realidad que, fruto de la alarma social que provoca y del firme compromiso de la sociedad para combatir la lacra de la violencia de género, reclama una particular diligencia de todos los operadores involucrados. Y, precisamente por eso, el dictamen también

debería haber llamado la atención sobre la obligatoriedad de cumplir los protocolos y formulado alguna recomendación para su adecuada aplicación.

K) Conclusión estimativa del tribunal de la responsabilidad de la Administración pública por medio de la actuación policial no acertada o inadecuada valoración del riesgo

Ese cúmulo de factores relacionados en el voto particular reflejan con detalle lo que se pudo hacer y no se hizo, lo que se pudo y debió investigar y no se investigó, de lo que se debió informar al juez y no se informó. Con ello, se apuntan parámetros objetivos que determinan la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por una defectuosa investigación que pudo hacer más en el análisis de los factores que se habían depositado.

Señala, así, la sentencia que

la respuesta policial en violencia contra la mujer exige que el sistema pueda prevenir la violencia y reevaluar el riesgo, esto es, más allá de la recogida de datos automatizados, la predicción y la prevención son la finalidad primordial del sistema de evaluación que exige agentes especializados en su tratamiento y sensibilización en su seguimiento.

A la luz de las circunstancias, debe declararse que en el presente caso concurren los requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad patrimonial, conforme a la citada doctrina jurisprudencial y porque, como ha quedado razonado en párrafos anteriores, acorde al 32 de la Ley 39/2015, no solo se han producido daños –los más graves– sino que, además, de las circunstancias concurrentes, es indudable que no se apreció el riesgo que existía que hubiese podido prever o evitar el asesinato, por lo que incumbe al Ministerio del Interior la reparación de los daños causados, en este caso, por el funcionamiento de los servicios policiales.

L) La fijación del *quantum* indemnizatorio

Una vez señalada la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado, analiza el tribunal la fijación de la suma a indemnizar, apuntando que

respecto al *quantum* indemnizatorio, esta Sala viene señalando, acorde con reiterada Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que en nuestro sistema rige el principio de reparación del daño integral sufrido por quien no tenía el deber jurídico de soportarlo, en relación con el principio de solidaridad.

Vaya por delante que en el presente caso, como en todos los que se articulan en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración, la Administración del Estado no es responsable civil subsidiario, con carácter universal, por los daños causados

por los condenados penalmente insolventes. En este caso se desconoce la indemnización por responsabilidad civil derivada del delito que se haya podido acordar.

Los demandantes cuantifican el daño sufrido por los padres de la víctima en 70.000 euros, para cada uno, y por los hijos en 117.196 euros para Telmo y 118.543 euros para Pablo, que dicen realizado conforme al Baremo de Valoración de Lesiones corporales de 2016. Sin embargo, en este caso, la fallecida no convivía con sus padres, que residían en Santo Domingo, y la familia dependía del padre dado que la madre se había puesto a trabajar unos días antes y estaba pendiente de recibir la renta activa de inserción, por lo que no cabría apreciar los conceptos de perjuicio particular por convivencia y perjuicio patrimonial por lucro cesante calculados según baremo. No se trata de exigir la acreditación de los daños morales, que solo pueden compensarse con una prestación equivalente para satisfacer el dolor y el desvalimiento por la muerte, sino que al no detallarse cómo realizan el cálculo de las cantidades reclamadas, se considera un tanto alzado a su elección que incluye daños económicos, que no proceden, y daños morales.

Por un lado, ha de mantenerse el carácter meramente orientativo del baremo de accidentes de tráfico, debiendo rechazarse que valga, por regla general, una aplicación automática del mismo (entre otras, Sentencias de esta Sección de 31 de octubre de 2012, de 11 de noviembre de 2015 o de 13 de enero de 2016).

Incluso con dicho carácter orientativo está previsto expresamente en la actualidad en el artículo 34.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dispone: «En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social».

El Tribunal Supremo mantiene como jurisprudencia constante que en supuestos de accidentes que no sean de vehículo a motor, los jueces y tribunales no están vinculados por el baremo. Así, en relación con la aplicación del baremo de la Ley de Seguros Privados al ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la jurisprudencia considera que ese sistema de valoración del daño tiene carácter meramente orientativo, no vinculante para los tribunales de este orden jurisdiccional a la hora de calcular la indemnización debida por título de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, porque el referido baremo no tiene más valor que introducir criterios de objetividad en la determinación del quantum indemnizatorio, pero sin que pueda invocarse como de obligado y exacto cumplimiento, por lo que no puede alegarse su infracción o inaplicación como fundamento de un motivo de casación «por todas, STS, Sección Sexta, de 8 de marzo de 2016 (recurso 841/2014)».

Cuestión distinta es la bondad de la cuantía reconocida por daño moral, que supone un punto de diferencia respecto de los casos contemplados por cada sentencia, que no implica contradicción y lleva, más bien, a estar a las circunstancias de hecho de cada caso «STS, Sección Cuarta, de 19 de julio de 2016 (casación para la unificación de doctrina número 3809/2014)».

Por otro lado, ha de tenerse presente la subjetividad que es inherente y, por ello, inevitable, cuando de daños morales se trata, la inexistencia de un baremo legal específico para este tipo de reclamación patrimonial, y la concurrencia de causas en la producción del daño (la acción del asesino y la omisión judicial de la protección de la víctima).

Como explica la STS, sección 6 del 25 de noviembre de 2008 (recurso 5537/2004) «No hay norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca cómo debe cuantificarse la indemnización por responsabilidad aquiliana del Estado cuando, en la producción de un mismo daño, concurre con la responsabilidad de otra persona. La única excepción es la concurrencia de varias Administraciones en la producción de un mismo daño (art. 140 LRJ-PAC), que nada tiene que ver con el presente caso. Más en concreto, el art. 141 LRJ-PAC, invocado por el Abogado del Estado, no contempla para nada el supuesto que nos ocupa. La verdad es que el único precepto legal que hace referencia al modo de calcular las indemnizaciones debidas en caso de concurrencia de causantes del daño es el art. 116 CP. Este establece el criterio del fraccionamiento de la suma debida en razón de las respectivas cuotas de responsabilidad de las distintas personas que resulten civilmente responsables por el delito, con la excepción de los coautores y cómplices, que responden solidariamente. Ahora bien, ocurre que el art. 116 CP no es aplicable –al menos, directamente– a la responsabilidad aquiliana del Estado; ni a la prevista en el art. 292 LOPJ, ni a la contemplada en el art. 139 LRJ-PAC».

El criterio de este tribunal, atendiendo a las cantidades reclamadas, a las circunstancias valorables y a indirecta causación del fallecimiento, estima en 40.000 euros la cantidad total a abonar a ambos progenitores –20.000 euros a cada uno– y 70.000 euros a cada uno de los dos hijos menores, cantidad actualizada a esta fecha.

Cierto y verdad es que se ha expuesto que esta responsabilidad no consiste en una responsabilidad subsidiaria del Estado en defecto de la suma que tuvo que abonar el autor del crimen, sino que opera por daño moral indemnizable, en tanto en cuanto la Administración no es el «autor del delito del que se deriva responsabilidad civil», sino que actúa en un marco diferente y que se refiere a un daño moral por defectuoso funcionamiento de la Administración del Estado.

3. Análisis de la necesidad de llevar a cabo una adecuada valoración del riesgo. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 371/2018, de 19 de julio de 2018, rec. núm. 10067/2018

De la misma manera que en el caso anterior, se analizó en esta sentencia un supuesto de un crimen perpetrado por su pareja que había sido denunciado por malos tratos habi-

tuales por la víctima, quien finalmente rompió su relación con él y abandonó el inmueble. No obstante, finalmente regresa y le acaba matando.

Así, el condenado le asestó a su pareja 51 cuchilladas que alcanzan a múltiples y diversas partes de su cuerpo, y ocasionan su muerte. La reiteración en el acto de apuñalamiento al tiempo que la víctima se defendía de las puñaladas que se sucedían, causando heridas mortales de necesidad hasta la cuchillada final que alcanzó el cuello y en la que se desgajó la hoja, quedando alojada en el mismo, revela la presencia de ensañamiento.

Lo que tiene relación con el tema que estamos tratando es que se destaca que ella regresó al inmueble del que se había marchado tras episodios de malos tratos y acabó siendo asesinada.

Se recoge en la sentencia, de igual modo, lo referente a la necesidad de que en todos estos casos se lleve a cabo una adecuada valoración del riesgo, ya que se apunta que estas situaciones previas determinan que esta reanudación de la convivencia que aquí se produjo con antecedentes previos de malos tratos incrementan el factor del riesgo de las víctimas, como aquí llegó a constatarse, con un execrable hecho en su acción y forma de ejecución, cuando de forma despiadada, e incrementando de forma notable el daño y sufrimiento a la víctima, le asestó 51 puñaladas, como se recoge con absoluta claridad descriptiva en el relato de hechos probados.

Este tipo de casos evidencian la necesidad de llevar a cabo un esfuerzo en la valoración de la presencia de incremento del riesgo en las víctimas con una especial atención en su detección en las denuncias que presentan las víctimas, y que se debe acompañar en la denuncia policial al estudio que al efecto se elabore, así como en los institutos de medicina legal en la valoración forense, como consta en el Protocolo médico-forense de valoración urgente del riesgo de violencia de género del Ministerio de Justicia, donde se marcan las pautas de la detección del riesgo. Ello supone actuar desde el campo de la prevención en la evitación de la reiteración de estos hechos, y alertando a la víctima del riesgo concurrente, así como pudiendo articularse instrumentos de ayuda social y económica a las víctimas de malos tratos, que así puedan entrar en ese arco de víctimas en situación de riesgo, pudiendo individualizarse las situaciones en aras de evitar la agravación de conductas que acaben con el crimen de género.

Así, para secuenciar esta valoración del riesgo ante el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, se presentó el día 8 de marzo de 2011 el siguiente decálogo a modo de líneas fundamentales del proyecto:

Decálogo de valoración médico-forense del riesgo en violencia de género

1. La valoración del riesgo (VR) se realizará siempre a petición de la autoridad judicial correspondiente.
2. La VR forma parte de la valoración integral de la violencia de género.

3. La VR se incluye en la evaluación médico-forense del agresor, pero es necesario disponer de información de la víctima.
4. La VR tiene como objetivo, dentro del ámbito judicial, aportar un elemento más a la autoridad judicial que permita adoptar una decisión sobre la pertinencia y alcance de medidas de protección de la víctima.
5. La VR se podrá realizar de forma urgente (menos de 72 h) o de forma programada (para la revisión de medidas de protección ya adoptadas).
6. La VR de forma urgente se realizará mediante un protocolo o guía que recoja de forma sistemática los factores de riesgo para la violencia de género.
7. Se recomienda la utilización de escalas clínicas heteroaplicadas de predicción de riesgo grave en la relación de pareja.
8. Por su especial dificultad, dicha valoración y estimación no tienen un carácter absoluto y pueden estar sometidas a un margen de error.
9. Nunca se expresará el riesgo en términos porcentuales probabilísticos (p. ej. 90 %).
10. La VR urgente se realiza en un momento concreto, por lo que el riesgo puede variar de acuerdo con las circunstancias del agresor y la vulnerabilidad de la víctima.

Con ello, se llega a la conformación del denominado SARA (*spouse assault risk assessment*) en cuanto a las entrevistas que permitirán la evaluación de la existencia del riesgo, clave para elaborar el informe que sirva para adoptar las medidas conducentes a evitar el riesgo en la víctima, desaconsejando, en su caso, la reanudación de la convivencia, incluso aunque se extinga la pena de alejamiento que se pueda acordar por la concurrencia del factor de previsibilidad de la reiteración de las conductas, y que puedan acabar con el crimen de género, consecuencia demostrada en los casos que ofrecen las estadísticas en estos casos. Por ello, tanto las Administraciones, para adoptar las medidas conducentes a dar protección a las víctimas, como estas mismas para darles información y asesoramiento sobre el riesgo de una posible decisión de reanudar la convivencia, son piezas y factores claves para potenciar la protección de las víctimas en la adopción de medidas preventivas que eviten desenlaces mortales, incidiendo en la detección y valoración del riesgo que eviten episodios de reanudación de la convivencia ante casos previos de malos tratos, pudiendo evaluarse el riesgo y con información debida y necesaria a las víctimas, así como con medidas de ayuda para evitar posteriores casos de crímenes de género.

La constancia de un correcto y adecuado proceso de valoración del riesgo conforme a la normativa antes enunciada determina la necesidad de llevar a cabo este esfuerzo de trabajo en la investigación acerca de lo que denuncia la víctima y poder estar en condiciones de informar al juez acerca de la valoración del riesgo de la víctima, a fin de que pueda tener en su poder datos e información relevante y suficiente a la hora de decidir sobre las medidas de protección a adoptar en su caso.

Partición del contador partidor sin consentimiento de legitimario

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 de la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de un cuaderno particional realizado por los contadores partidores designados por el testador, en el cual se ha prescindido del consentimiento de uno de los legitimarios que no había sido instituido heredero en el testamento. Con carácter general, el legatario que es también legitimario debe intervenir y consentir la partición practicada por los herederos, pues lo contrario podría permitir que se repartiase la herencia sin tener en cuenta sus derechos legitimarios. Ahora bien, la partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador partidor, incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición. Solo los tribunales de justicia son competentes para declarar la disconformidad de proceder del contador.

Palabras clave: sucesiones; cuaderno particional; contador partidor.

Fecha de entrada: 14-12-2020 / Fecha de aceptación: 28-12-2020

Enunciado

Mediante escritura autorizada por el notario de Granada don XXX, el 6 de noviembre de 1998, se aprobaron y protocolizaron las operaciones particionales de la herencia de don J. O. M. Esta escritura fue otorgada por la viuda del causante, doña M. C. J. P. y los albaceas contadores-partidores nombrados por el causante en su testamento.

En el testamento, otorgado el 7 de abril de 1998, el causante manifestó tener seis hijos; legó a su cónyuge el usufructo universal o el tercio libre de su herencia a su elección, y manifestó que su hijo don J. A. O. J. había percibido en vida del causante «la legítima que le pudiera corresponder, mediante el pago de diversos préstamos con la Caja Rural de Granada y la Caja general de Ahorros de Granada, cuya suma supera los 3.000.000 de pesetas, entre principal e intereses»; a continuación instituyó herederos a los restantes cinco hijos, y nombró albaceas contadores partidores, con las facultades del artículo 1.057 del Código Civil a don F. A. T. R., don M. G. Z. y doña M. T. M. G., mancomunadamente a dos cualquiera de ellos. En las operaciones particionales se adjudica a la viuda la mitad indivisa de todos los bienes en pago de sus gananciales, y el usufructo de la mitad restante, cuya nuda propiedad se adjudica a los citados cinco hijos nombrados herederos.

En escritura complementaria de la anterior, otorgada ante el mismo notario el 26 de junio del 2001, la viuda y los contadores-partidores realizan determinadas precisiones sobre la deuda de don J. A. O. J. derivada de los préstamos referidos, protocolizando determinados documentos bancarios para acreditar el pago de dicha deuda por los causantes.

En escritura autorizada por el notario de Granada don XXX el 5 de octubre de 2018, se ratifica el cuaderno particional de la herencia de don J. O. M., adicionando a la misma un bien omitido en la citada escritura de 6 de noviembre de 1998, de carácter ganancial (una participación indivisa de 2,28 % que se concreta en un aparcamiento y participación indivisa de 0,620 % que se concreta en un trastero, finca registral 2/49.511); y por haber

fallecido –el 9 de julio de 2018– la viuda doña M. C. J. P., se aprueba la partición de su herencia en cuanto a la mitad indivisa de otra finca que adquirió por herencia de su citado esposo, adjudicándose a don J., don F. J., doña M. E., doña R. M. y don V. O. J., por quintas partes indivisas, en pleno dominio el caudal relicto. Esta escritura fue otorgada por los cinco herederos y dos de los contadores partidores, y en ella se expresa que, existiendo falta de acuerdo entre los llamados a la sucesión de ambos causantes, los albaceas contadores-partidores fueron requeridos por tales herederos para que confeccionaran el cuaderno particional de ambas herencias con las correspondientes adjudicaciones a los herederos. Y en el propio cuaderno particional que se protocoliza se expresa que, habiendo acuerdo de los cinco hijos instituidos herederos, pero no con don J.A.O.J., los albaceas contadores, previo requerimiento en cumplimiento de lo dispuesto en el testamento, confeccionaron dicho cuaderno particional.

¿Puede inscribirse en el Registro de la Propiedad esta partición de herencia hecha por los contadores partidores sin la concurrencia y consentimiento de uno de los hijos?

Cuestiones planteadas:

- Efectos registrales de la partición hecha por el contador partidor designado por el testador en caso de falta de acuerdo entre herederos.
- Efectos en la partición de la falta de consentimiento de un legitimario. Interpretación del artículo 1.057 del CC.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia.

Solución

La cuestión que se plantea en este caso es la discusión jurídica entre la necesidad de consentimiento de todos los legitimarios para realizar la partición de la herencia, aunque fuere realizada por los contadores partidores designados, y la propia fuerza de esa partición ante el Registro de la Propiedad; ¿puede prescindirse del consentimiento de un legitimario?

Ciertamente, la especial cualidad del legitimario en nuestro derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la misma (art. 1057, párrafo primero, del Código Civil), de la que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos.

En efecto, la legítima en nuestro derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una *pars bo-*

norum, y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o *pars valoris bonorum*. De ahí que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima (cfr. las resoluciones de 1 de marzo de 2006, 25 de febrero de 2008, 13 de junio de 2013, 15 de septiembre y 29 de diciembre de 2014, 2 de agosto de 2016, 10 de abril y 29 de junio de 2017, 22 de febrero, 5 de julio, 17 de septiembre y 31 de octubre de 2018 y 14 de febrero de 2019, entre otras citadas en el apartado «Vistos» de la presente). Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados (*vid.* resoluciones de 25 de febrero de 2008, 9 de marzo de 2009, 6 de marzo de 2012 y 12 y 16 de junio y 4 de julio de 2014).

La necesaria intervención del legitimario ha sido exigida, entre otras, por la STS de 8 de marzo de 1989, que reconoce las acciones que corresponden a los legitimarios: se reduce en determinar si cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos de la acción de complemento de la legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario y, por tanto, antes de conocerse a cuánto asciende el importe de la legítima estricta correspondiente a cada heredero, por lo que se puede producir una infracción del artículo 818 del Código Civil en relación con el 657 y aplicación indebida de los 1.075 y 1079 en relación con los 1.056 y 818. Incluso tratándose de partición hecha por contadores partidores, en la ejecución de la misma «será cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global [...], ha percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta». Así pues, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento en su caso sino hasta saber el montante del *quantum* o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del Código Civil, lo que permite la práctica de las pertinentes operaciones particionales. También la sentencia de 18 de julio de 2012 pone de relieve que el legatario que es también legitimario debe intervenir y consentir la partición practicada por los herederos, pues lo contrario podría permitir que se repartiese la herencia sin tener en cuenta sus derechos legitimarios.

No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada, lo que puede convertir la naturaleza de la legítima de derecho común, que por reiteradísima doctrina y jurisprudencia es *pars bonorum*, en otra muy distinta (*pars valoris*), lo que haría que el legitimario perdiese la posibilidad de exigir que sus derechos, aun cuando sean reducidos a la legítima estricta y corta, le fueran entregados con bienes de la herencia y no otros. Y esta doctrina se aplicará aun cuando se haya citado a los legitimarios fehacientemente y

no hayan comparecido, ya que conforme reiterada doctrina de este centro directivo, la circunstancia de citación a los legitimarios para formación del inventario no altera la necesidad de su consentimiento.

Como afirmó la doctrina de la DGRN en Resolución de 2 de agosto de 2016, cuando la legítima es *pars hereditatis*, *pars bonorum* o *pars valoris bonorum*, el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede interponer el juicio de testamentaria y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador partidor. Por lo tanto, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057, párrafo primero, del Código Civil), y aunque el testador considere que el legitimario ha sido satisfecho en sus derechos, la comparecencia e intervención de este es inexcusable, a fin de consentir las operaciones particionales de las que resulte que no se perjudica su derecho de carácter forzoso.

En el presente caso las anteriores consideraciones no pueden impedir la inscripción pretendida porque la partición es realizada por los albaceas contadores partidores. Como ha quedado expuesto, los albaceas contadores, en cumplimiento de lo dispuesto en el testamento, confeccionaron el cuaderno particional y la intervención de los herederos, en los términos que se han detallado en el relato fáctico, no desvirtúa el carácter unilateral propio de las particiones practicadas por contador partidor, que no requieren de la aprobación de los herederos y legitimarios.

Lo que ocurre en este caso es que, a pesar de la unidad documental que representa la escritura pública otorgada, en la misma se formaliza una pluralidad negocial. El instrumento público que da origen a este recurso solemniza, además de la partición, otros actos como la aceptación de la herencia y la aceptación de las adjudicaciones particionales. Mas la concurrencia en un solo documento de esta diversidad negocial no borra ni desdibuja la autonomía de cada acto, y especialmente la autonomía y unilateralidad de la partición, ni los efectos que le son propios.

Reiteradamente ha señalado este centro directivo –cfr. resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007 y 4 de octubre de 2017 y 28 de febrero de 2018, entre otras– que la partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador partidor incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición. Por lo demás, debe recordarse que esta dirección general, en Resolución de 11 de julio de 2013, puso de relieve que solo cuando la intervención conjunta de los herederos junto con el contador-partidor no se limite a aceptar la herencia –o las adjudicaciones–, la intervención de aquellos introduce un factor que altera el carácter unilateral que tiene la partición practicada por conta-

dor-partidor, transformándola en un verdadero contrato particional y haciendo, por tanto, necesaria la intervención de todos los interesados en la herencia.

Por otra parte, la restrictiva expresión «la simple facultad de hacer la partición» que contiene el artículo 1.057 del Código Civil se interpreta con flexibilidad, de suerte que se incluyan entre las facultades del contador-partidor aquellas que hayan de ser presupuesto para el desempeño de esa función de contar y partir. En este sentido debe entenderse que puede proceder a liquidar junto con el cónyuge viudo la disuelta sociedad de gananciales, a inventariar y valorar los bienes relictos y fijar, cuantificándolos, los derechos de los interesados sobre la masa relicta, con sujeción al testamento y la ley, aceptando por tanto las disposiciones del testador por las que de por pagados de sus derechos legitimarios a sus herederos forzosos o aquellas por las que ordene que del haber correspondiente a los legitimarios se descuenta lo que en vida han percibido estos del testador.

Como ya se puso de relieve en Resolución de 24 de marzo de 2001, la partición realizada por el contador-partidor en el ámbito de su marco competencial configurado por la simple facultad de hacer la partición –en la que cabe incluir las operaciones de inventario del activo y del pasivo, con la correspondiente calificación de la naturaleza privativa o consorcial de sus elementos, avalúo, formación de lotes o hijuelas y su entrega y adjudicación a los interesados– está integrada por las otras facultades legales si también es albacea y por las demás que le fueren atribuidas testamentariamente, y que es válida y produce todos los efectos que le son propios mientras no se impugne judicialmente, de forma que solo los tribunales de justicia son competentes para declarar la disconformidad de proceder del contador con lo querido por el testador, debiendo estarse, mientras tanto, a la partición realizada por estos. En Resolución de 13 de octubre de 2005, relativa a la partición y adjudicación de la herencia de uno de los causantes a que se refiere –para adicionar determinado bien omitido en la partición– la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, ya se concluyó que «corresponde al albacea contador-partidor la interpretación de la voluntad del causante, así como la valoración de las donaciones realizadas y el análisis de su inoficiosidad, habiendo de pasarse por sus decisiones mientras no sean notoriamente contrarias a la ley o a lo dispuesto por el testador, circunstancias que no concurren en el presente caso».

También es doctrina reiterada de la DGRN (Resoluciones de 16 de septiembre de 2008, 14 de septiembre de 2009 y otras citadas en los «Vistos»), en interpretación del artículo 1.057 del Código Civil, que las particiones realizadas por el contador-partidor, al reputarse como si fueren hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de la aprobación de los herederos o legatarios, por lo que en principio causan un estado de derechos que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas; esta partición realizada por el contador-partidor es inscribible por sí sola sin necesidad de la concurrencia de los herederos, siempre que no resulte del título particional extralimitación en sus funciones, sin perjuicio, claro está, de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas. Desde la Resolución de 24 de marzo de 2001, cuya doctrina ha sido reiterada en numerosas otras, no puede mantenerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos

legitimarios, cuando la partición ha sido otorgada por el contador-partidor designado por el testador; y esta partición es válida mientras no se impugne judicialmente, de forma que solo los tribunales de justicia son competentes para, en su caso, declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse a la partición por ellos realizada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 818 y 1.057.
- Resoluciones de la DGRN (hoy DGSJ y FP) de 24 de marzo de 2001, 4 de octubre de 2017 y 28 de febrero de 2018.

Seguro vinculado al préstamo: acción directa por tercero

José Ignacio Atienza López

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

Extracto

El presente caso práctico trata de establecer algo de luz sobre la problemática nacida de las reclamaciones nacidas de un contrato de seguro de vida que está vinculado a un préstamo hipotecario, cuando el titular del seguro fallece y los terceros beneficiarios del seguro reclaman a la aseguradora, si el contrato estaba en el periodo de suspensión de 6 meses por impago del artículo 15 de la Ley de contrato de seguro. En estas situaciones, si sucede el siniestro, no es aceptable que se otorgue a la entidad bancaria prestamista la posibilidad de optar entre seguir cobrando el préstamo al prestatario o a sus herederos o exigir el pago de la indemnización al asegurador, y en mayor medida (como suele suceder en nuestros días), si existe una evidente conexión empresarial entre el asegurador y el tomador-beneficiario.

Palabras clave: seguro de vida; contrato de préstamo; acción directa contra el asegurador.

Fecha de entrada: 15-12-2020 / Fecha de aceptación: 29-12-2020

Enunciado

Juan y Juana, actuando en calidad de herederos de su fallecido hijo D. Baldomero, reclaman frente a la aseguradora demandada la efectividad del seguro de vida que este había concertado con la entidad Vida de Seguros y Reaseguros, contrato vinculado al crédito hipotecario NÚM.000 concedido por una entidad bancaria, en la modalidad de anual renovable, con vigencia desde el 24 de julio de 2007, con cobertura para caso de muerte siendo el capital inicialmente asegurado de 115.000 euros. El contrato fue renovándose anualmente, aunque durante la vigencia del mismo se produjeran diversos retrasos en el pago de la prima por parte del asegurado, quien falleció con fecha 12 de diciembre de 2011, no habiendo abonado las mensualidades de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011, siendo el capital pendiente de amortizar a la fecha del fallecimiento el de 99.171,92 euros. El 20 de diciembre de 2011, el hermano del fallecido, como mandatario verbal de Juan y Juana, intentó vía notarial el abono de esas cuatro mensualidades no satisfechas, requerimiento que se entendió con la entidad prestamista, la cual se negó a recoger el requerimiento. Los padres del fallecido han acudido a un abogado para que se condene a la aseguradora a abonar la cantidad de 99.171,92 euros, capital pendiente de amortización del préstamo al que se vinculó el seguro a la fecha del fallecimiento de D. Baldomero e intereses legales previstos en la Ley de contrato de seguro (LCS).

¿Es viable esta acción?

Cuestiones planteadas:

- Contrato de seguro de vida vinculado a un contrato de préstamo.
- La viabilidad de la acción directa contra la aseguradora por los terceros. Interpretación del artículo 15 de la Ley de contrato de seguro.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Juan y Juana son los herederos del asegurado, apareciendo como beneficiario principal de la prestación del seguro de vida el banco que concedió el préstamo hipotecario. La entidad bancaria, que es el tercero beneficiario, no se plantea ejercitar la acción derivada del contrato de seguro, de forma que los herederos del fallecido ejercitan dicha acción para amortizar el préstamo, de ahí deriva la legitimación activa, por la dejación del banco para ejercitar la acción, pero esta es la prevista en el artículo 76 de la LCS.

La Audiencia Provincial de Sevilla ha tenido ocasión de pronunciarse en Sentencia de fecha 16 de mayo de 2013, rollo de apelación núm. 141/13, sobre el supuesto de contratos de seguro vinculados a préstamo, entendiéndose que existe una unidad negocial, y declarando que la demandante tenía acción para exigir a la aseguradora el cumplimiento de su obligación, derivada del complejo contractual conformado por el contrato de seguro y el contrato de préstamo hipotecario al que aquel estaba vinculado.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1138/1994, de 17 de diciembre, ha afirmado que la existencia de un beneficiario en la póliza de seguros no priva al estipulante titular de un interés derivado del contrato del ejercicio de los derechos derivados del contrato ante los tribunales, sin perjuicio de sus obligaciones frente al beneficiario, ya que favorece y facilita sus créditos si le son otorgadas las indemnizaciones que solicita. Tanto más cuando resulta de lo actuado que la caja de ahorros tomadora ha contratado el seguro colectivo con una aseguradora con la que tiene relaciones de grupo societario o contractuales estables (véanse los anagramas existentes en el certificado de adhesión al seguro), al que obliga a adherirse a quienes conciertan con ella un préstamo hipotecario, siendo los prestatarios los que deberán pagar las primas del seguro, y se designa a sí misma como beneficiaria de dicho seguro de vida. En estas circunstancias, privar al asegurado de acción para exigir el cumplimiento del contrato de seguro de vida cuando el beneficiario no la ha ejercitado y le ha seguido exigiendo los plazos del préstamo hipotecario lleva a la situación inaceptable de que si acaece el siniestro se otorga a la caja de ahorros la posibilidad de optar por seguir cobrando el préstamo al prestatario o a sus herederos o exigir el pago de la indemnización al asegurador. Situación que se revela aún más inaceptable si se observan las evidentes conexiones empresariales entre asegurador y tomador-beneficiario, que le llevarán a seguir cobrando el préstamo al prestatario-asegurado mientras pueda hacerlo, pese a que este ha pagado las primas del seguro y el riesgo ha acaecido.

Así lo ha entendido la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 1110/2001, de 30 de noviembre (NCJ042090), que ha considerado que conceder esta opción a la entidad bancaria es contraria a la moral y a la buena fe que conforme a los artículos 7 y 1.258 del Código Civil debe regir la contratación.

La anterior introducción es necesaria para la aplicación del párrafo segundo del artículo 15 de la LCS. El contrato era anual como prima fraccionada mensualmente, que se había

renovado por la anualidad de 2011, y se dejaron de pagar las mensualidades de septiembre, octubre, noviembre y diciembre. Cuando se produjo el fallecimiento del asegurado, 12 de diciembre de 2011, el contrato estaba en suspenso, pero en esa fecha no se había «cancelado», como manifiesta la aseguradora en su comunicación de 1 de marzo de 2012, porque no habían transcurrido los seis meses establecidos en el precepto citado, por lo tanto, habiendo ocurrido el siniestro dentro del período de suspensión, siendo la acción ejercitada la que corresponde al tercero beneficiario del seguro, no es posible oponer la suspensión de la cobertura frente al mismo por la inmunidad de la acción directa frente a las excepciones personales, artículo 76 de la LCS.

Así lo establece el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de junio de 2015:

En el caso del impago de una de las primas siguientes, el apartado 2, dispone que «la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima, se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, solo podrá exigir el pago de la prima del período en curso».

El impago de una de las primas siguientes, lógicamente, presupone que el contrato, que ya había comenzado a desplegar todos sus efectos con anterioridad, se ha prorrogado automáticamente y ninguna de las partes lo ha denunciado en los términos del art. 22 LCS.

En estos casos, habrá que entender que desde el impago de la prima sucesiva, durante el primer mes, el contrato continúa vigente y con ello la cobertura del seguro, por lo que si acaece el siniestro en este periodo de tiempo, la compañía está obligada a indemnizar al asegurado en los términos convenidos en el contrato y responde frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 LCS.

A partir del mes siguiente al impago de la prima, y durante los cinco siguientes, mientras el tomador siga sin pagar la prima y el asegurador no haya resuelto el contrato, la cobertura del seguro queda suspendida. Esto significa que entre las partes no despliega efectos, en el sentido de que acaecido el siniestro en este tiempo, la aseguradora no lo cubre frente a su asegurada. Sin embargo, la suspensión de la cobertura del seguro no opera frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 LCS, en la medida en que este mismo precepto prevé que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado».

Transcurridos los seis meses desde el impago de la prima, sin que el asegurador hubiera reclamado su pago, el contrato de seguro quedará extinguido de forma automática y por efecto de la propia disposición legal, sin que sea preciso instar la resolución por alguna de las partes. Lógicamente, el siniestro acaecido con posterioridad a la extinción del contrato no queda cubierto por el seguro, y por ello el asegurador no solo no responderá de la indemnización frente al asegurado, sino que tampoco lo hará frente al tercero que pretenda ejercitar la acción directa.

Esta doctrina se reitera en la STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 10 de septiembre de 2015. Por lo tanto, al ejercitar los actores la acción que correspondería al banco para amortizar el préstamo, ante la inactividad de dicha entidad, que es la beneficiaria del seguro, se trata de la acción directa que corresponde al perjudicado, artículo 76 de la LCS, aunque el contrato está en suspenso.

En la STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, el 2 de diciembre de 2014, se justifica esta legitimación:

De la íntegra lectura de la demanda se obtiene la evidente conclusión de que los actores están reclamando la indemnización con destino a la cancelación del préstamo vinculado, lo que obviamente presupone su entrega a la prestamista en la proporción que a esta corresponda según la cuantía pendiente de cancelación.

Por lo tanto, visto que se ofreció el pago de las mensualidades adeudadas, rechazándose el ofrecimiento y que el siniestro acaeció dentro de los seis meses de suspensión, ha de entenderse cubierto frente a tercero, y la demanda que Juan y Juana se plantean interponer debe ser estimada, condenando a la entidad demandada a abonar el importe de capital pendiente de amortización a la fecha del fallecimiento del asegurado, 99.171,92 euros, para su abono al banco prestatario, artículo 18 de la LCS.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 50/1980 (Contrato de seguro), arts. 15, 18 y 22.
- SSTS de 30 de junio de 2015 y 10 de septiembre de 2015.
- SAP de Sevilla de 16 de mayo de 2013.

Préstamo hipotecario con intereses fijados en el índice IRPH

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

En los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, la cláusula por la que los intereses se fijan por el índice IRPH debe contener el requisito de transparencia, y su falta no exime de realizar el juicio de abusividad. Es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas o que se plantee el empleo de un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH.

Palabras clave: contrato de préstamo; transparencia; garantía hipotecaria; IRPH.

Fecha de entrada: 13-12-2020 / Fecha de aceptación: 28-12-2020

Enunciado

Los contratantes pretenden impugnar el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con una entidad bancaria por 200.000 euros y a 30 años, desde hace años, solicitando la nulidad de una cláusula de interés remuneratorio calculado sobre la base del IRPH durante el período previsto en el contrato, y la restitución de las cantidades cobradas en concepto de interés calculado sobre la base del IRPH, por la falta de transparencia de la cláusula por cuanto en ningún momento se les proporcionó la información necesaria para lograr su comprensibilidad real, en atención al carácter técnico y por tanto complejo de su redacción.

Cuestiones planteadas:

1. Cláusulas de interés remuneratorio IRPH: control de transparencia y abusividad.
2. Conclusión.

Solución

1. Los actores son consumidores y la cláusula tercera bis es una condición general de la contratación que define el objeto principal del contrato, ya que determina la remuneración que debe satisfacer el cliente a la entidad bancaria por el préstamo.

Es cierto que los consumidores se encuentran protegidos frente a comportamientos realizados por las entidades bancarias, que les imponen condiciones no negociadas, donde no

hay transparencia o son abusivas y generan una desproporción o desequilibrio en las prestaciones, beneficiando solo a la otra parte contratante, la entidad financiera.

En este caso se plantea a falta de transparencia y abusividad de la cláusula que determina el índice que regula el interés que se acordó en el contrato.

La cláusula en principio supera el control de incorporación, porque está redactada de manera clara y comprensible; expone de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, de manera que el consumidor está en condiciones de valorarla, basándose en criterios precisos e inteligibles.

Se va analizar la doctrina fijada por el TJUE y el Tribunal Supremo, analizando tanto la transparencia como la abusividad.

El Pleno del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el índice IRPH en una sentencia 669/2017 de 14 de diciembre, donde expone que:

1. La cláusula del contrato de préstamo hipotecario en la que se establece el IRPH como índice de referencia del interés remuneratorio es una condición general de la contratación si no se ha negociado individualmente.
2. No hay inconveniente en que un índice de referencia legal (aprobado por la autoridad bancaria) se incorpore al contrato como tal condición general de la contratación.
3. En cuanto que condición general de la contratación predispuesta y utilizada en un contrato celebrado con consumidores, puede ser objeto de control de transparencia.
4. Por el contrario, los tribunales civiles no pueden controlar el procedimiento bancario-administrativo por el que se configura el índice.

Asimismo, el TJUE (Gran Sala), en respuesta a una petición de decisión prejudicial de un juzgado de primera instancia de Barcelona, ha dictado la Sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/18 [NCJ064612]). En dicha resolución, el TJUE concluye:

1. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni

la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2. La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3. La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4. Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

En relación con la transparencia de las cláusulas de intereses IRPH y su eventual abusividad se puede indicar lo siguiente:

Transparencia

La misma Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre mencionada, había concluido que no era posible realizar un control de transparencia de la cláusula que establecía el índice

de referencia del interés variable del préstamo. Nada más lejos de la realidad: la sentencia se refería expresamente al control de transparencia de la cláusula de intereses variables y declaraba:

Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio [y que] puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente.

Lo que excluyó fue que pudiera examinarse el índice «como tal», es decir, que pudiera juzgarse el índice en sí (su definición y fórmula de cálculo), dado que venía determinado por la normativa administrativa bancaria. Lo que ha sido confirmado por la STJUE de 3 de marzo.

Asimismo, dice que la ley no configura este índice como imperativo o supletorio, sino que su utilización es de carácter contractual, y no resulta aplicable el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, lo que también ha confirmado el TJUE.

El TJUE afirma la publicación del IRPH «permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades.

Por otro lado, se presume que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias.

Sin embargo, aunque la entidad bancaria haya cumplido con las exigencias de transparencia impuesta por la Directiva 93/13, le corresponde al órgano jurisdiccional «efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto, verificando en particular que la entidad bancaria haya comunicado, antes de la celebración del contrato de préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa».

Los tribunales deberán comprobar también que se facilitó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

Respecto a este requisito de la información de la evolución previa del IRPH, el Tribunal Supremo, en la sentencia del pleno ya citada, establece que

en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del euríbor había sido bastante similar, aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al euríbor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos y que, en tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el euríbor, podría ser peor para el demandante. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por este saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando.

En todo caso, ni el TJUE ha mantenido que no resulta razonable que el juicio de transparencia implique la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del índice IRPH. Ningún índice, incluido el euríbor, resistiría dicha prueba. Es por ello que en la sentencia del pleno mencionada lo que se juzga es la cláusula, no el índice.

Conforme a lo expuesto, a fin de cumplir con las exigencias de transparencia establecidas por el TJUE, para que se entienda que la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH supera el control de transparencia, debe tenerse en cuenta, fundamentalmente:

1. La publicación, a través del BOE, de los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros, por lo que «resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario»; en concreto afirma el TJUE que «esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades».
2. El cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional de «cuál había sido la evolución del

IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible».

Afirma el TJUE que «tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

Por el contrario, la STJUE descarta que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

Abusividad

Que la cláusula, eventualmente, no sea transparente no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva.

La jurisprudencia del TJUE establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matej*; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, *Andriuc*; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, *GT*).

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (STS 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero, y 408/2020, de 7 de julio).

Como advertimos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas».

Incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si esta causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

Se ha asimilado solamente falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo, porque, como advertimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, 138/2015, de 24 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 334/2017, de 25 de mayo, o 367/2017, de 8 de junio, tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso, cual es que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad.

Deben mencionarse lo establecido en la Directiva de la CEE y en la legislación española; así el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, establece:

Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

De manera concorde, el artículo 82.1 del TRLGCU dispone:

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

La buena fe como exigencia que se establece parece difícil que se pueda vulnerar, por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y esta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista. Lo que, como hemos visto, no es el caso, ya que tal evolución futura no depende de la voluntad del predisponente.

Respecto del **desequilibrio importante** que pudiera originar, debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato no puede ser determinante, máxime cuando no consta que el prestamista tenga influencia razonable en esa evolución.

En todo caso, de acuerdo con la STS 669/2017, de 14 de diciembre, que en un determinado momento de la vida del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices (específicamente, el euríbor) no quiere decir que se vaya a comportar siempre así durante el resto de vigencia del contrato, y ello por dos razones fundamentales:

- a) Para el cálculo del IRPH se toman como elemento de cálculo no solo los préstamos con euríbor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo; y
- b) También se toman en cuenta los diferenciales.

La evolución posterior no puede determinar el desequilibrio, que debe valorarse en la fecha de celebración del contrato, ya que en el desenvolvimiento posterior el préstamo puede que resulte ser más caro que otros, lo no supone desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios. Además, ello no debe entenderse en el sentido de que la entidad bancaria debiera facilitarles información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura, ni tampoco que tuviera que asesorarles sobre el mejor préstamo posible, pues ambas exigencias han sido descartadas por la STJUE de 3 de marzo de 2020.

Con la doctrina del TJUE, la falta de transparencia no determina en todos los casos la nulidad de la cláusula, sino que permite proyectar el control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato. La falta de transparencia, en definitiva, no exime de realizar el juicio de abusividad. En este sentido, según la STS 511/2020, de 6 de octubre, y otras resoluciones, es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas o que se plantee el empleo de un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH.

Por otro lado, el hecho de que el legislador estableciese el IRPH como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le supone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice. Sin embargo, la incidencia de la actuación de la entidad demandada en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concretar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo interés se toma en consideración en orden a calcular el índice, es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se hace sobre los préstamos otorgados, no sobre ofertas realizadas), de modo que en la configuración del índice influyen no solo los bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario que otorgan los préstamos, sino también los consumidores que los suscriben. No se acredita la abusividad de la cláusula.

Los deudores hipotecarios deberían justificar las razones por las que se les causa, como consumidores, un desequilibrio importante de sus derechos y obligaciones en contra de las exigencias de la buena fe.

2. De acuerdo con lo mencionado, y sin perjuicio de posteriores revisiones de la doctrina actualmente en vigor, parece que no sería aconsejable el planteamiento de la demanda que se pretende por los contratantes del préstamo con garantía hipotecaria con interés remuneratorio sobre la base del índice IRPH, ya que de acuerdo con la doctrina mencionada por el TJUE y el Tribunal Supremo no concurrirían la falta de transparencia ni la abusividad.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, TRLGDCYU, art. 82.1.
- Directiva 93/13/CEE, arts. 3.1 y 4.1.
- STJUE de 3 de marzo de 2020.
- SSTS 171/2017, de 9 de marzo; 669/2017, de 14 de diciembre; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero, 408/2020, de 7 de julio, y 511/2020, de 6 de octubre.

Demanda de reconocimiento de filiación extramatrimonial

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La naturaleza de la terminación anormal de un procedimiento mediante la satisfacción extraprocésal por reconocimiento de paternidad precisa, para que surta sus plenos efectos, que sea completa, confirmándose la pérdida total de interés de la parte actora en la demanda interpuesta en su día, a fin de que no sea limitado su derecho al acceso a los tribunales de justicia sin dilaciones, o por la incoación de un nuevo procedimiento que hará difícil la prosecución del fin ya conseguido en el auto de cautelares, así como la satisfacción de todos las peticiones, principales o concomitantes.

El defecto de grabación de juicio no es inane y se concreta en la indefensión que produce en la segunda instancia para el apelante no poder argüir o justificar los extremos que afirma carentes de soporte audiovisual, pues, al no recogerse el informe del fiscal, ni existir un acta extensa, la parte se ve privada de conocer las conclusiones del fiscal, pudiendo ver vulnerado su derecho reconocido en el artículo 24 de la CE por infracción de los preceptos 147 y siguientes de la LEC.

Palabras clave: filiación extramatrimonial; demanda; satisfacción extraprocésal; grabación de sesiones de juicio.

Fecha de entrada: 11-12-2020 / Fecha de aceptación: 29-12-2020

Enunciado

Se interpone una demanda de reconocimiento de filiación extramatrimonial con petición expresa de medidas cautelares para la hija menor. Se dicta, a continuación, el decreto de incoación y se celebra la comparecencia para adoptar las medidas solicitadas, entre las que se acuerda un auto cautelar con unas visitas, y una pensión de alimentos a la que se opuso frontalmente el demandado en lo relativo a su cuantía. Posteriormente, constante el mismo, el padre voluntariamente comparece ante el encargado del Registro Civil reconociendo su paternidad. El juez dicta auto de archivo por carencia sobrevenida de objeto procesal por pérdida de interés sobrevenida, por aplicación del artículo 22 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), declarando la exención de cualquier otra actividad posterior para conseguir su pretensión, inicialmente controvertida. La madre, no obstante, recurre en apelación el auto por considerar que el procedimiento debe continuar, pues considera que no se han satisfecho todos los intereses y que en un juzgado de familia, en el futuro, se habrán de fijar unas medidas definitivas a ese padre, ahora inciertas al no haberse pronunciado sobre ellas en el auto de archivo. Al mismo tiempo, solicita la nulidad de actuaciones y la repetición de la vista de cautelares cuando el juzgado le comunica que no se ha grabado ni existe acta extensa del letrado de la Administración de Justicia. El juzgado no concede la nulidad, y el abogado, al quedarse huérfano de prueba en lo relativo a la posición que sostuvo el fiscal, interpone el recurso de apelación invocando la indefensión que le produce la falta de la grabación.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Es correcta la decisión judicial de archivar el procedimiento por carencia sobrevenido de objeto o pérdida de interés?
2. ¿La falta de grabación de la vista, o del acta extensa, permitiría a la apelante obtener la nulidad por indefensión?

Solución

1. ¿Es correcta la decisión judicial de archivar el procedimiento por carencia sobrevenido de objeto o pérdida de interés?

De entrada, decimos que el objeto quedará perfectamente delimitado por la demanda indicada: la determinación de la filiación extramatrimonial de una hija, y como pretensión accesoria la adopción de medidas cautelares. Si es así, y si la parte demandada satisface extraprocesalmente ese objeto, mediante comparecencia voluntaria ante el encargado del registro (con el consentimiento de la madre demandante) reconociéndose como padre de la precitada, posteriormente a la interposición de la demanda que da lugar al decreto de admisión de la misma, sucede entonces que se cumple, en principio, con las prescripciones procesales definidas en el artículo 22 de la LEC:

Quando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvenición, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Secretario judicial la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas.

Sin embargo, a pesar de que el auto manifiesta que la carencia sobrevenida del objeto procesal por reconocimiento expreso de la demandada supone, a diferencia de lo que acontece con el allanamiento, la exención de cualquier otra actividad posterior para conseguir su pretensión, inicialmente controvertida, la terminación del proceso deja indefensa a la menor por la ineficacia de las medidas cautelares establecidas, pues la suerte de estas va ligada al objeto principal, siendo que, archivadas las actuaciones, se dejarán sin efecto también las medidas relativas a los alimentos y las visitas.

Por ello, podría entenderse –sin que sea una opinión fácil– que la naturaleza de la terminación anormal mediante la satisfacción extraprocesal por reconocimiento de paterni-

dad, para que surta sus plenos efectos, debe ser completa, confirmándose la pérdida total de interés de la parte actora en la demanda interpuesta en su día, a fin de que no sea limitado su derecho al acceso a los tribunales de justicia sin dilaciones, o por la incoación de un nuevo procedimiento que hará difícil la prosecución del fin ya conseguido en el auto de cautelares, así como la satisfacción de todos las peticiones, principales o concomitantes (medidas cautelares); en definitiva, en la obtención de la tutela judicial efectiva y en la defensa del interés más necesitado de protección. Y esa tutela abarca no solo la petición de la paternidad extramatrimonial, sino también el cumplimiento de unos deberes inherentes a la condición de padre, que se concretan en los alimentos solicitados, en las visitas y en la ejecución de un auto de medidas cautelares.

La SAP de Madrid de 28 abril 2010 así lo sugiere, cuando dice:

El artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como sostiene la sentencia de 4 de junio de 2009 de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas, no permite el archivo del procedimiento por satisfacción extraprocésal sino porque «dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida» lo que puede tener lugar en casos de que «se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente» (puede, pero no siempre sucede, como luego razonaremos) pero también puede tener lugar «por cualquier otra causa». El interés legítimo no se equipara sin más a la satisfacción de una pretensión de condena (supuestos de satisfacción extraprocésal de la pretensión), sino que es un concepto mucho más amplio desde que ese interés puede subsistir aunque se haya satisfecho extraprocésalmente esa pretensión. Precisamente por eso, como establece el apartado 2 del mismo artículo 22 de esa ley, cualquiera de las partes (incluso la demandada, no solo la actora) puede «sostener la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocésal a sus pretensiones o con otros argumentos», es decir, negando que haya desaparecido el interés legítimo aunque se haya satisfecho extraprocésalmente la pretensión de condena.

Como el Tribunal Constitucional tiene declarado en su sentencia dictada sobre esta materia de 27 de abril de 2009 –STC 102/2009–, «para que la decisión judicial de cierre del proceso por pérdida sobrevenida del objeto resulte respetuosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es necesario que la pérdida del interés legítimo sea completa», que existen intereses jurídicos «de perfil difuso, trascendiendo la concreta utilidad personal», y que las resoluciones judiciales estimatorias «meramente declarativas por no ser posible su ejecución in natura» satisfacen intereses jurídicos que no quedan satisfechos por la mera satisfacción extraprocésal de la pretensión de condena, concluyendo que «una aplicación de la causa legal de terminación anticipada por pérdida sobrevenida del objeto prevista en el artículo 22 LEC que desconoce la exigencia de una adecuada proporción entre los fines que preserva y el interés tan relevante que sacrifica» lesiona

efectivamente «el derecho de acceder a la jurisdicción, que es el contenido primero y esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».

Por tanto, el apelante podría tener razón al decir que no se han satisfecho todos los intereses y que no hay una pérdida de un interés legítimo cuando la suerte del procedimiento futuro en un juzgado de familia es incierto, habida cuenta la posible rebeldía del padre, o a lo mejor la dificultad de consecución de una prueba acreditativa de unos ingresos que pudieran justificar una pensión de alimentos, cuando menos, semejante a la acordada en el auto de cautelares. La incerteza de futuro no puede mermar la seguridad que adquiere la madre con la pensión cautelar, aunque lo fuere solo hasta sentencia. O las visitas, que permitirían la reanudación de la relación entre un padre y una hija durante la tramitación del procedimiento de filiación extramatrimonial. La doble necesidad de procesos –el de filiación y el de familia para la determinación de las relaciones de hecho– no puede perjudicar el interés más digno de protección, y la supervivencia del proceso civil en primera instancia estaría justificada ante el vacío de contenidos del nuevo en el juzgado de familia.

En el mismo sentido se pronuncia la STC, Sala 2.^a, de 27 abril 2009; nos dice:

La causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevenida de su objeto, de conformidad a lo establecido en el art. 22 LEC, se conecta con la pérdida del interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación con la pretensión ejercitada, y precisamente por ello su sentido es evitar la continuación de un proceso en el cual el demandante haya perdido sobrevenidamente todo el interés jurídico que en él tenía, interés que en este caso es, como precisamos en el anterior fundamento jurídico 3, el interés profesional de que los procedimientos para la designación de cargos judiciales, discrecionales o no, se atengan escrupulosamente a los principios constitucionales y legales de mérito y capacidad, interés que trasciende el puramente subjetivo de cada juez o magistrado individual afectado por estos procedimientos. Ahora bien, tal como propugna el ministerio público en sus alegaciones, para que la decisión judicial de cierre del proceso por pérdida sobrevenida del objeto resulte respetuosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es necesario que la pérdida del interés legítimo sea completa.

De otro lado, hay otro argumento a favor: la pérdida de interés no es completa y subyace la idea de mantener las medidas cautelares, porque, si bien lo principal es la filiación, las medidas cautelares penden de ella y, por consiguiente, no es irrelevante el archivo de la causa y consecuentemente de las cautelares acordadas, susceptibles de ejecución provisional y con la remisión a un nuevo proceso en Familia. El demandado, aun reconociendo la filiación extramatrimonial, se opuso a la pensión de alimentos, siendo que esta

oposición puede subsistir y ser controversia sobre la que no hay acuerdo ni satisfacción extraprocesal.

Finalmente, y como consecuencia de todo lo anterior, podemos añadir que el auto por el que se declara terminada la causa por pérdida sobrevenida del objeto no hace ningún pronunciamiento sobre la subsistencia de las cautelares. El supuesto parece dar entender que estas, asimismo, han concluido, a no ser que la suerte de estas medidas sea independiente del auto. En todo caso, resulta concluyente que la apelación tiene su sentido también en la necesidad de prosecución de la medida acordada de alimentos, susceptible de ser ejecutada provisionalmente. Y si esto es así, el auto de archivo debería contener un pronunciamiento expreso acerca de la supervivencia de las medidas tantas veces indicadas, como una fórmula intermedia de satisfacción extraprocesal incompleta, que no impide la continuación del pleito hasta la resolución que recoja esta doble realidad, una finiquitada por el reconocimiento de la filiación extramatrimonial y la otra de manifestación expresa de la subsistencia de las medidas acordadas.

Por todos estos argumentos, nos inclinamos a pensar que el archivo es equivocado, porque hay una pérdida de interés en el pleito por parte de la madre. Bien es verdad que reconocida la paternidad extramatrimonial ya no hay nada que discutir en torno a ella y que esa acción principal queda resuelta. Si la madre pide el reconocimiento y el padre lo acepta *a posteriori* el interés de la hija menor queda resuelto y no hay nada que discutir. Estimada la apelación se revocaría el auto de archivo y se mandaría continuar con las actuaciones para un resultado final previsible; y es evidente también que, celebrada la vista, se dictaría la sentencia estimatoria de la filiación extramatrimonial que conllevaría dejar sin efecto las medidas cautelares (art. 768.1 LEC). Por tanto, el archivo previo por pérdida sobrevenida de interés solo se centra en los alimentos y en las visitas, y en el periodo de su ejecución. Pero, en teoría, hay argumentos para sostener la acción –los que han sido expuestos– sin perjuicio de que la cuestión pudiera interpretarse más desde lo teórico que desde lo práctico.

2. ¿La falta de grabación de la vista, o del acta extensa, permitiría al apelante obtener la nulidad por indefensión?

Nos planteamos aquí que el auto fuera parcialmente denegatorio, o que pudiera entenderse como denegatorio a los efectos de su posible recurso de apelación (art. 736 LEC). Imaginamos que el apelante, para preparar el recurso, ha solicitado la grabación de la vista para escuchar los argumentos del fiscal, al parecer en la línea de los suyos, y para invocarlos en la apelación que quiere interponer contra el auto de cautelares. Sucede que el juzgado comunica que no se ha grabado la vista. Evidentemente, el apelante invocará la indefensión que esto le produce por la vía de la nulidad.

El defecto de grabación no es inane y se concreta –en lo que atañe al recurso de apelación– en la indefensión que produce en la segunda instancia para el apelante no poder argüir o justificar los extremos que afirma carentes de soporte audiovisual, pues, al no recogerse el informe del fiscal –ni existir un acta extensa–, la parte procesal se verá privada de conocer las conclusiones del fiscal, pudiendo ver vulnerado su derecho reconocido en el artículo 24 de la CE por infracción de los preceptos 147 y siguientes de la LEC.

Con carácter general, la necesidad de que se documenten las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido, tal y como ordenan los artículos 146.2 y 187 de la LEC, no es algo accesorio en el acto procesal, susceptible de ser obviado por la mera voluntad de las partes o del juez o tribunal, sino que es un imperativo legal que encuentra su justificación en la necesidad de incorporar al proceso español los medios técnicos audiovisuales a fin de facilitar una mejor valoración de la prueba, no solo en la primera instancia, sino también en la alzada, pues es notorio que los principios que dominan el actual proceso civil quedan mejor salvaguardados cuando media dicha grabación, no solo del sonido sino también de la imagen, a la vez que se facilita que la inmediatez en la práctica de la prueba se pueda mantener al reproducir en cualquier momento aquella, tanto ante el juez *a quo*, como ante el tribunal *ad quem*. Ahora bien, esa regla general no impide que en casos excepcionales, por dificultades técnicas de imposible solución, pueda acordarse, si mediase causa acreditada, que el acto del juicio o la práctica de las pruebas se practique sin el empleo de aquellos medios de reproducción sonoros y visuales; así lo autoriza expresamente el artículo 187.2 (SAP de Cádiz de 4 mayo 2004). Pero esta excepcionalidad viene concretada en la posibilidad de un acta extensa donde quede la constancia de lo actuado sin indefensión alguna que impida alegar al apelante y revisar al órgano superior (audiencia).

El letrado tiene derecho a poder constatar el criterio del fiscal en el acto de la vista celebrada para preparar o interponer el recurso de apelación. Si la apelación tiene por fundamento, por tanto, las alegaciones del fiscal, y estas no constan en la grabación, ni en un acta sucinta o extensa del letrado de la Administración de Justicia, la audiencia tampoco puede cumplir con su función revisora de la prueba a falta de la intermediación del juzgador de instancia, y la indefensión del letrado se producirá al no poder esgrimir los argumentos de su recurso fundados en la intervención del fiscal, porque una parte de la vista no ha sido grabada. En estos supuestos de ausencia o defectos de grabación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los múltiples pronunciamientos de las audiencias al respecto se centran en la concurrencia de una serie de requisitos para apreciar la nulidad total o parcial de las actuaciones; entre los cuales, destacan:

- Como dice la SAP de Cantabria de 3 de octubre de 2005:

El Tribunal de apelación debe disponer del soporte en el que consten debidamente registrados el sonido y la imagen de la vista oral del juicio que

tuvo lugar en la instancia, o, si no fuera posible, solo el sonido; y, en defecto de ello, de un acta de dicha vista realizada por el secretario judicial, en la que se recoja, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado, según hemos visto que disponen los artículos 147, 187 y 146.2 LEC.

- La SAP de Málaga (Sección 6.^a) 9 de julio de 2002 dice:

El hecho de que no conste grabado el acto del juicio supone indefensión para las partes al tenerse en cuenta que las pruebas practicadas y alegaciones hechas no solo van a tener efectos frente al juzgador que lo haya presidido y dicte la sentencia, sino en otras instancias, pues se impide que el tribunal de apelación pueda realizar un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo en la primera instancia, imposibilitándolo para dictar sentencia, y conforme al artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los actos judiciales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión, y en virtud de este precepto en relación con lo establecido en el artículo 240.2 de la misma ley, procede declarar la nulidad de actuaciones retrotrayéndose estas hasta la celebración del acto del juicio (en el mismo sentido, cabe citar las sentencias de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de mayo de 2003 y 21 de diciembre de 2002, de la Audiencia Provincial de Asturias, de 13 de diciembre de 2001, de la Audiencia Provincial de León, de 28 de septiembre de 2001, de la SAP de Baleares 22 de marzo de 2004).

- La SAP de Madrid de 7 noviembre 2005 nos dice:

Las soluciones adoptadas para solventar estos problemas por los distintos tribunales han sido diferentes. Unos han optado por acordar solamente la reconstitución total o parcial de las actuaciones, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 232 de la LEC 1/2000. Esta solución se apoya en que el defecto de documentación del acto procesal (arts. 146, 147, 187 y 443 de la LEC en relación con los arts. 279 y 280 de la LOPJ) no afecta a la regularidad del acto en sí mismo, sino solo a la actividad de constancia; de esta forma, se dice, al no verse afectadas en primera instancia las garantías procesales –puesto que la vista o el juicio se desarrolló respetando los principios de inmediación y contradicción–, no se causó indefensión alguna, requisito ineludible, según lo establecido en los arts. 238, 3.º de la LOPJ y 225, 3.º LEC, para decretar la nulidad de lo actuado (Autos AP de La Coruña de 2 de septiembre y 25 de octubre de 2002).

Otros, por el contrario –siendo esta, al parecer, la tesis que se va acogiendo mayoritariamente, y que esta sala no puede por menos que compartir– (AAP de Málaga, Sección 6.ª, de 9 de julio de 2002; de Cáceres de 20 septiembre de 2001; de Palma de Mallorca, Sección 5.ª, de 26 de septiembre de 2002; y de Madrid, Sección 19.º, de 5 de junio de 2002), se inclinan decididamente por la nulidad de actuaciones.

En el presente supuesto fáctico, aunque no cabe invocar nulidad de la resolución judicial (auto de cautelares) por cuanto dicho juzgador, «al presidir y presenciar el juicio, respetó escrupulosamente las normas esenciales del procedimiento sin infringir en momento alguno los principios de audiencia, asistencia y defensa», cuando se formula, o se pretende interponer apelación –como es el caso– su falta hace que sea insubsanable el defecto de soporte videográfico o de acta extensa, y no hay otra solución que acordar la nulidad radical de las actuaciones, con la reposición «al estado en que se hallaren cuando se cometió la falta (art. 465.3)». El fundamento radica en que la apelación supone revisar lo actuado en primera instancia (art. 456.1 LEC), y difícilmente el tribunal de apelación podrá hacer un nuevo examen de unas actuaciones inexistentes, que, además, no fueron recogidas en el acta extensa.

Por consiguiente, es nula la actuación y deberá reponerse la causa al estado previo, inmediatamente anterior, al defecto detectado; es decir, debería repetirse la vista de cautelares.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 238.3.º, 279 y 280.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 22, 146, 147, 187, 232, 443, 456.1, 465.3 y 736.
- STC 102/2009, de 27 de abril de 2009.
- SAP de Asturias de 13 de diciembre de 2001.
- SAP de Baleares de 22 de marzo de 2004.
- SAP de Cáceres de 20 septiembre de 2001.
- SAP de Cantabria de 3 octubre de 2005.
- SAP de Córdoba, Sección 2.ª, de 20 de mayo de 2003, y 21 de diciembre de 2002.
- SAP de La Coruña de 2 de septiembre y 25 de octubre de 2002.
- SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 4 de junio de 2009.
- SAP de León de 28 de septiembre de 2001.

- SAP de Madrid, Sección 19.^a, de 5 de junio de 2002; 28 de abril de 2010, y 7 de noviembre de 2015.
- SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 9 de julio de 2002.
- SAP de Palma de Mallorca, Sección 5.^a, de 26 de septiembre de 2002.

Patrimonio de las Administraciones públicas

Julio Galán Cáceres

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

Extracto

Se plantean en este supuesto práctico cuestiones jurídicas de diversa índole relacionadas con un bien de carácter de dominio público propiedad de la Administración General del Estado (la viabilidad de su enajenación, un conflicto de atribuciones entre dos ministerios, las circunstancias surgidas de una autorización de uso tanto individual como a favor de una asociación), el acceso o no a la información solicitada por un ciudadano, las peculiaridades de un contrato administrativo de servicios y, finalmente, vicisitudes en un procedimiento de deslinde entre una finca de la AGE y otra, propiedad de un particular.

Palabras clave: dominio público; enajenación; concesión de dominio público; derecho de información; contrato de servicios; procedimiento de deslinde.

Fecha de entrada: 01-12-2020 / Fecha de aceptación: 23-12-2020

Enunciado

En el ministerio competente en materia de Educación se producen las situaciones siguientes:

1. La sede del referido ministerio ha quedado obsoleta. Ante ello, el ministro del departamento ha decidido su enajenación directa al ayuntamiento y, con el precio obtenido, adquirir un nuevo inmueble que albergue aquella. Sin embargo, antes de procederse a su enajenación, el ministerio, con competencia en materia de medio ambiente, estima que, por su ubicación y amplitud, podría servir perfectamente para sede del referido ministerio, por lo que solicita el inmueble, que no es admitida por el órgano competente. Ante ello, el ministro plantea un conflicto de atribuciones con el otro ministerio. Finalmente, aquella acaba adscribiéndose a un organismo autónomo del ministerio que lo necesitaba para el cumplimiento de sus fines.
2. Junto a la sede del ministerio y formando parte del mismo existe una explanada, separada del exterior mediante un vallado de hierro, que se aprovecha durante el buen tiempo para celebrar actos institucionales por la Administración, pero que normalmente se encuentra abierta al público al existir un parque y diversos juegos infantiles.

Don AAA ha solicitado autorización para que le sea concedido un espacio de 250 m² para la instalación, con carácter permanente, de un quiosco de venta de pren-

sa, comida y bebida e instalación de una terraza, por un periodo de cinco años. La Administración ha accedido a ello.

Esto provoca un recurso de reposición de otra persona que también tenía interés en la colocación del mismo tipo de quiosco y que así lo había solicitado a la Administración, señalando, además, en su recurso, que no bastaba la autorización que se le concedió. A los dos años, mediante documento privado cede la explotación del quiosco a don BBB. Transcurridos dos años más, la Administración, de acuerdo con la previsión recogida en la concesión, decide revocar aquella, aduciendo que ha cambiado de criterio al respecto, argumentó este al que se opone don AAA que, subsidiariamente, solicita una indemnización. También, don BBB interpone recurso argumentando que la Administración había consentido la referida cesión por conocer de su existencia y por el pago de las tasas correspondientes. Afirma en su recurso que supone desconocer derechos adquiridos por su parte.

Pese a lo acordado por la Administración respecto a la extinción de la concesión, el señor BBB continuó con la explotación durante un año más, siguiendo pagando la tasa oportuna que era aceptada por la Administración. A la vista de ello, don BBB entendió que se había producido una prórroga de la concesión o su tácita reconducción.

3. Se ha recibido escrito en el referido ministerio firmado por la representación de un colectivo de artesanos que solicitan autorización para instalar los sábados, domingos y festivos por las mañanas unos tenderetes desmontables en la extensa explanada a que nos venimos refiriéndonos, al objeto de exponer y vender objetos de artesanía. El ministerio resuelve en forma desestimatoria dicho escrito. Los artesanos, en desacuerdo con dicha resolución, acuden al despacho de un abogado para que interponga el oportuno recurso contencioso-administrativo, cosa que este hace ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.
4. Ha llegado al Registro la solicitud de información de una persona referida a si existen limitaciones, cargas o servidumbres sobre 20 inmuebles, rústicas y urbanas, que tienen el carácter de patrimonial.

En la solicitud no se especifica la finalidad a que va a ser destinada la información solicitada. Ante ello la Administración resuelve desestimando la solicitud.

5. Para dar servicio al personal allí existente y al público en general, se ha reservado en el inmueble adjudicado un espacio dedicado a restauración (cafetería-restaurant), para lo que se ha realizado un contrato administrativo especial –así venía señalado en su pliego de cláusulas administrativas particulares– adjudicado a la empresa LLL, SRL por importe de 150.000 euros anuales, tras el correspondiente proceso competitivo. Uno de los candidatos a dicha adjudicación interpone recurso especial en materia de contratación basado en:

- Que la empresa adjudicataria había retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación anterior.
- Que no se había tramitado procedimiento alguno para la concesión demanial del espacio público.

Finalizado el tiempo de ocupación, la empresa se resiste a abandonar el espacio que había venido ocupando, por lo que la Administración ejercita la potestad de recuperación de oficio del bien.

6. Finalmente, es de constatar que, lindando con el espacio que ocupa el inmueble, colindando con el mismo –en concreto con la explanada– se encuentra otro de propiedad privada en el que, en opinión de la Administración, y pese a la existencia de escritura pública inscrita en el Registro a favor del particular, existen unos 10 m que le pertenecen. Ante ello, la Administración decide poner en marcha el procedimiento de deslinde para aclarar definitivamente la cuestión. Iniciado el procedimiento el propietario de la finca colindante interponer recurso de reposición, solicitando la suspensión del mismo, alegando, según constancia en escritura pública de propiedad inscrita en el Registro, que no procedía el deslinde al existir una acequia que fija la división de ambos inmuebles a lo largo de toda la línea divisoria. Al desoír la Administración dicho argumento, siguió con el procedimiento por lo que el propietario de la finca privada interpuso, en primer lugar, un juicio de tutela posesoria (antigua interdicto de retener y recobrar la posesión) y, posteriormente, con anterioridad la finalización del procedimiento administrativo, el ejercicio de acción reivindicatoria ante la jurisdicción ordinaria.

Durante la tramitación del procedimiento de deslinde, la Administración se plantea la posibilidad del desistimiento y de la renuncia en el procedimiento.

Finalmente continúa con el mismo, que resuelve señalando que aquellos 10 m de dudosa titularidad pertenecen a la Administración.

Ante ello el interesado interpone el oportuno recurso contencioso-administrativo.

Cuestiones planteadas:

Conteste, de forma razonada, a las cuestiones que se plantean en el relato de hechos en torno a:

1. Enajenación de la sede del ministerio. Deseo del ministerio con competencia en materia de medio ambiente para que sea su desde. Conflicto de atribuciones. Adscripción a un organismo autónomo.

2. Legitimación para recurrir. Título para la instalación del quiosco. Fondo del asunto. Cesión del quiosco.
3. Análisis del ajuste del derecho de la revocación de la concesión. Conteste razonadamente si el señor don AAA tiene derecho a indemnización.
4. Legitimación de don BBB para recurrir. ¿Vincula a la Administración del pago de tributos y tasas por parte de aquel? ¿Supondría desconocer derechos adquiridos si el ayuntamiento procede al desahucio del mismo?
5. ¿Es ajustada a derecho el criterio de don BBB que considera prorrogada la concesión por su tácita reconducción porque, a pesar de haber declarado la extinción de la misma, continúa la explotación de un año más?
6. Recurso contencioso-administrativo interpuesto por unos artesanos contra la resolución desestimatoria de la Administración, que no les permite colocar los sábados, domingos y festivos por las mañanas sus tenderetes en la explanada para vender sus objetos de artesanía.
7. Ajuste a derecho de la resolución administrativa desestimando la solicitud realizada por una persona sobre 20 inmuebles patrimoniales respecto a las cargas o servidumbres que pudieran existir sobre los mismos. La Administración, al no justificarse la finalidad de información, desestima aquella.
8. Comente las incidencias jurídicas de los hechos narrado en el número 5.
9. Ajuste a derecho el ejercicio de la acción posesoria o recuperación de oficio ejercitada por la Administración.
10. Comente las incidencias jurídicas de los hechos narrados en el número 6.

Solución

1. Enajenación del inmueble. Deseo del ministerio con competencia en materia de medio ambiente para que sea su desde. Conflicto de atribuciones. Adscripción a un organismo autónomo

a) Enajenación del inmueble

No sería ajustada a derecho, siendo nula de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.1 b) y c), de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), referente a la nulidad de actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

La sede es un bien de dominio público, a tenor de lo establecido en el artículo 5.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), ya que tienen tal condición aquellos edificios u oficinas que alojen servicios o dependencia de los órganos de la AGE. Al ser un bien de carácter demanial es inalienable, conforme al artículo 6 a) del referido texto legal.

Para su enajenación habría que convertirlo en bien patrimonial mediante el procedimiento de desafectación a que se refiere el artículo 70 de la LPAP, previa incoación del procedimiento instruido por la Dirección General de Patrimonio del Estado, a propuesta del ministerio interesado y resolución del ministro de Hacienda.

Por tanto, al no hacerse así concurre el vicio de nulidad del artículo 47.1 c) de la LPAC, al tratarse de un acto de contenido imposible, pues al ser de dominio público estaba sustraído al comercio y no era enajenable.

Por otra parte, concurre también el vicio contemplado en la letra b) del artículo 47.1, ya que el órgano competente para su enajenación no era el ministro competente en materia de educación, sino el ministro de Hacienda, con autorización del Consejo de Ministros si excede el precio de 20 millones de euros.

En relación con la adjudicación directa, el artículo 137.4 a) de la LPAP lo permite cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público.

b) Deseo del ministerio competente en materia de cultura

Con respecto al deseo del ministro competente en materia de cultura, sería preciso efectuar una mutación demanial, es decir, la desafectación al Ministerio de Educación y la simultánea afectación al de Medio Ambiente. Es preciso que se haga de manera expresa, conforme al artículo 71.1 y 2 de la LPAP y conforme al procedimiento previsto en el artículo 72, siendo órgano competente para resolver el procedimiento el ministro de Hacienda.

c) Conflicto de atribuciones

Respecto al conflicto de atribuciones planteado por el ministerio competente en materia de medio ambiente, conforme al artículo 2 i) de la Ley 50/1997, del Gobierno, corresponderá resolverlo al presidente del Gobierno.

Pero en este caso no concurren los requisitos para la existencia de tal conflicto de atribuciones porque, en absoluto, el ministro de Hacienda se ha atribuido competencias del otro ministerio, sino que ha ejercido una atribución que, como hemos visto anteriormen-

te, la LPAP se la otorga. La ley, en ningún caso, establece supuestos de obligatoriedad en la que se deba llevar a cabo la mutación demanial, sino que es una cuestión, aparte de la legalidad, más de conveniencia y oportunidad que debe ejercitarse en el ámbito de los órganos de las Administraciones públicas, sin trascendencia para terceras personas.

d) Adscripción a organismo autónomo

El artículo 73.1 de la LPAP señala 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.

Este inmueble tenía la naturaleza de bien demanial, por lo que no era posible la adscripción. Es un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015.

2. Legitimación para recurrir. Título para la instalación del quiosco. Fondo del asunto

- **En cuanto a la legitimación** para recurrir, parece fuera de toda duda puesto que don BBB tiene interés en el asunto en cuanto que había solicitado a la Administración la posibilidad de instalar un quiosco en dicha parte del terreno público. De manera que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y 19 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, resulta indiscutible que don BBB puede ser tenido como interesado o como legitimado en los procedimientos incoados al respecto.
- **En cuanto al título necesario** para la instalación del quiosco, es decir, el título habilitante que comporta autorización para la utilización de esa porción del dominio público, debemos señalar que, según el artículo 85.2 de la LPAP, es uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de este.

Y el artículo 85.2 y 3 señalan que es uso privativo, el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utiliza-

ción del mismo por otros interesados. El uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa.

Si bien existe en la doctrina del Tribunal Supremo algún pronunciamiento que, en relación con la instalación de quioscos en la vía pública, ha atendido para su inclusión en el supuesto de uso especial o privativo a las circunstancias que concurren en cada caso concreto y, entre ellas, las de mayor o menor fijeza y solidez de la instalación y la vocación de transitoriedad o permanencia, con carácter general, en realidad, se distingue dos posibles situaciones:

- a) Cuando se trata de una ocupación por prolongada y consistente permanencia en la utilización de la parcela de la vía pública que lleva consigo, de alguna manera, la transformación física de la dependencia demanial; estaríamos ante un uso privativo que requiere concesión administrativa demanial. Este es nuestro caso, puesto que ya se concedió el uso durante cinco años y la instalación es fija, alterándose sin duda alguna la realidad física del terreno, que abarca la extensión de 250 m².
 - b) Cuando la instalación constituye un simple estacionamiento, esto es, una utilización privativa que no comporte la realización de ninguna obra de importancia, que no origine una alteración física de la dependencia demanial y que sea por un breve espacio de tiempo. Entonces, normalmente se suele afirmar que requiere únicamente licencia o autorización y no concesión administrativa.
- **Con respecto al fondo de la cuestión**, parece que el recurso deberá ser estimado, en primer lugar, por la razón antes dicha, pues parece preciso más bien la concesión demanial que la simple autorización, lo cual supone prescindir del procedimiento legalmente establecido, vicio de nulidad recogido en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015. En segundo lugar, porque el artículo 93.1 de la LPAP señala que el otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. No obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de esta ley, cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes. No parece que nos encontremos ante ninguno de estos supuestos. De manera que debió haberse acudido al régimen de concurrencia en la concesión demanial, debiendo haberse redactado las bases de dicha concesión por la administración y otorgarla a la mejor oferta. Al haber realizado la adjudicación directa, sin motivo alguno para ello, nos encontramos con un segundo vicio de nulidad de la misma naturaleza que el anterior, ya que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

- **En cuanto a la competencia** para otorgar la concesión demanial, será del ministro competente en materia de educación, que es el que tiene adscrito el referido inmueble.
- **En cuanto a la cesión** a don BBB, el artículo 92 de la LPAP lo permite respecto a las autorizaciones, al señalar que no serán transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento deban tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentre limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión.

Respeto de las concesiones, el artículo 98, referido a la transmisión de derechos reales, señala que los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente solo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión.

3. Análisis del ajuste a derecho de la revocación de la concesión. Conteste razonadamente si el señor don AAA tiene derecho a indemnización

La Administración dispone de amplias facultades en lo que concierne al otorgamiento de la concesión demanial y su renovación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1996 afirmaba textualmente:

La concesión demanial supone una relación bilateral, que comporta para el concesionario unos determinados derechos administrativos que no pueden ser desconocidos por la libre decisión de la administración concedente. Y, frente a su inicial concesión en la práctica administrativa, la precariedad administrativa debe considerarse como cláusula confesional, relacionada con el elemento causal y encaminada a preservar la finalidad del dominio público frente a una utilización anormal del mismo, que no excluye siempre el reconocimiento de la oportuna indemnización cuando, sobre su base, se procede a la revocación de la correspondiente concesión por motivos de oportunidad conectado con el interés público específico a que sirve el bien de dominio público [...] ahora bien, existe también una precariedad administrativa extraordinaria que elimina cualquier pretensión de compensación económica indemnizatoria cuando, además de resultar normativamente admisible y consignarse dicha cláusula expresamente, la concesión está ligada a una concreta situación de interinidad de carácter marcadamente transitorio que conoce y afecta al concesionario.

El artículo 100 de la LPAP contempla las causas de extinción de la concesión, y la más parecida a la que trata de ejercer ahora la Administración, que es la revocación, es la con-

templada en el apartado d), consistente en el rescate de la concesión, previa indemnización, o revocación unilateral de la autorización.

El artículo 92.4 de la LPAP señala que:

Las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general.

Por lo tanto, solo la concurrencia del interés público, por las causas referidas en el párrafo anterior, podrá provocar la revocación unilateral sin derecho a indemnización (párrafo muy controvertido por la doctrina por cuanto que, aunque concurra el interés público, no cabe duda de que se trata de una especie de expropiación forzosa sin derecho a la indemnización). En este caso, la causa que provoca la revocación es, simplemente, el cambio de criterio de la Administración concedente.

Poco importa que en el pliego de bases o en el contrato que rija esta concesión se hubiere establecido esta posibilidad de que la Administración pueda revocar, en cualquier momento, por cualquier causa, sin derecho a indemnización, la concesión otorgada, por lo que no cabe duda de que se pueden realizar aquellos negocios jurídicos, actos o contratos, pero siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, y es claro que esta condición es contraria el artículo 92.4 de la LPAP y no sería ajustada a derecho.

En conclusión, don AAA tendrá derecho a la indemnización y a daños y perjuicios, que se deberán acreditar en el procedimiento correspondiente, tales como los gastos en que hubiere incurrido en la construcción del quiosco, teniendo en cuenta los años que le quedaban de explotación, entre otros.

4. Legitimación de don BBB para recurrir. ¿Vincula a la Administración del pago de tributos y tasas por parte de aquel? ¿Supondría desconocer derechos adquiridos si el ayuntamiento procede al desahucio del mismo?

Respecto a la legitimación para recurrir no cabe duda ninguna, por tener también la condición de interesado, al habersele transmitido la concesión por parte de don AAA. Por lo tanto, es titular de intereses susceptibles de protección y le afecta y perjudica la extinción de la concesión decretada por la Administración.

El abono de tasas es un tributo que no presupone, en ningún caso, autorización o legalización de situaciones, ni que la Administración quede vinculada por el mero hecho de recibir

estos importes, pues se trataría de situaciones ilegales que no pueden convalidarse en modo alguno (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1981 o de 5 de julio de 1985).

Por lo tanto, si la Administración declara la extinción de la concesión, no cabe duda de que los efectos se extienden a don BBB que, en su caso, tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios que pueda acreditar y a que los tribunales, a través del recurso interpuesto, puedan declarar no ajustada a derecho la extinción de la concesión de dominio público otorgada, siempre que tal transmisión se haya realizado con autorización de la Administración concedente.

No existía ningún derecho adquirido que le confiera el poder de explotar la concesión hasta su finalización, sino que, como hemos visto, la ley prevé causas de extinción con anterioridad al vencimiento del plazo y, en su caso, la oportuna indemnización de daños al afectado.

5. ¿Es ajustada a derecho el criterio de don BBB que considera prorrogada la concesión o su tácita reconducción porque, a pesar de haber declarado la extinción de la misma, continúa la explotación un año más?

Carece de razón en el argumento que utiliza, en primer lugar, porque no es procedente hablar de prórroga de la concesión o tácita reconducción de la misma cuando la razón de su extinción no ha sido el vencimiento del plazo, sino la revocación por parte de la Administración –discutible desde el punto de vista jurídico si no conllevará el derecho a la indemnización–. En segundo lugar, nada cambia la situación el hecho de que la Administración hubiera permitido la explotación de la concesión durante un año más ni que don BBB hubiera seguido pagando la tasa correspondiente para ello. En tercer lugar, en relación con el pago de la tasa, ningún reproche merece, ni puede pedir su devolución, puesto que se ha seguido beneficiando de la concesión durante ese año. Con respecto a la inactividad de la Administración, ignoramos las razones; lo más que podría exigirse es la responsabilidad del culpable de esta morosidad o retraso en su actuación para la ejecución material efectiva de la extinción de la concesión que, además, debería conllevar, conforme al artículo 101.1 de la LPAP, la demolición de lo construido a costa del concesionario.

6. Recurso contencioso-administrativo interpuesto por unos artesanos contra la resolución desestimatoria de la Administración, que no les permite colocar los sábados, domingos y festivos por las mañanas sus tenderetes en la explanada para vender sus objetos de artesanía

Lo primero que hemos de indicar es que el Tribunal Superior de Justicia no es competente para conocer de ese recurso contencioso-administrativo, ya que el órgano competente para pronunciarse sobre aquella cuestión, y autor, por tanto, de la resolución desestimatoria

fue, según el artículo 95 de la LPAC, el ministro competente en materia de Educación, que es quien lo tiene afectado. Por lo tanto, el órgano competente era la Audiencia Nacional, a tenor de lo establecido en el artículo 11 de la LJCA.

Por otra parte, no existe ningún derecho previo de ocupación de una parte de un bien de dominio público, sino que es discrecional para la Administración la concesión o no del uso especial o privativo del bien demanial, la cual ha de resolverse teniendo en cuenta el interés general, que conlleva el contemplar otros posibles usos generales para la ciudadanía, como puede ser pasear o disfrutar con los hijos del parque existente. Y esto, salvo grosera y desviada interpretación por parte de la Administración, corresponde exclusivamente a esta.

Por tanto, lo que ha ejercitado la asociación de artesanos es más bien un derecho de petición del artículo 29, desarrollado por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 noviembre, que según su artículo 11 obliga al destinatario del derecho a responder en el plazo de tres meses. Lo que ha ocurrido en este caso es que la Administración resolvió ese derecho de petición sin traspasar ese plazo. Si hubiera transcurrido, se habría producido el silencio administrativo desestimatorio, según el artículo 24.1 de la LPAC. En este caso, podría haber solicitado la tutela de los tribunales de justicia, en primer lugar, a través del recurso contencioso-administrativo, ordinario o especial, de los artículos 114 y siguientes de la LJCA y, posteriormente, haber acudido al recurso de amparo al Tribunal Constitucional (art. 53 de la Constitución).

De manera que el recurso contencioso-administrativo deberá ser no admitido, por falta de objeto procesal.

7. Ajuste a derecho de la resolución administrativa desestimando la solicitud realizada por una persona sobre 20 inmuebles patrimoniales respecto a las cargas o servidumbres que pudieran existir sobre los mismos. La Administración, al no justificarse la finalidad de información, desestima aquella

La llevanza del Inventario General de Bienes y Derechos del Estado está a cargo de la Dirección General del Patrimonio del Estado, bajo la dependencia del ministro de Hacienda, y de las unidades con competencia en materia de gestión patrimonial de los departamentos ministeriales y organismos públicos vinculados o dependientes de la AGE (art. 33 LPAP).

Es cierto que el artículo 17.3 de la Ley 19/2013, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, no exige motivar la solicitud de información que se pueda efectuar y, por esta razón exclusivamente, no puede ser causa de rechazo. Pero la disposición adicional primera de la citada ley, en su punto 2.º, afirma que se regirán por su normativa específica, siendo la Ley 19/2013 supletoria para aquellas materias que tengan un

régimen jurídico específico. Es indudable que, sobre esta materia, la LPAP contempla una regulación especial.

El artículo 43.2 del Real Decreto 1373/2009, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, señala que las consultas de terceros, respecto al acceso al Inventario General de Bienes y Derechos del Estado –a los que se refieren los artículos 32 y siguientes de la LPAP–, exigen que se concrete la finalidad a que va a ser destinada la información.

Además, debemos significar que las cargas, servidumbres o limitaciones de los inmuebles patrimoniales pudieran conllevar la existencia de datos de carácter personal referentes a terceras personas que no pueden ser publicados sin su consentimiento, aunque es cierto que se puede facilitar la información, disociando estos datos, para no vulnerar el artículo 18 de la Constitución ni la legislación sobre datos de carácter personal ni el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Ahora bien, dicho lo anterior, antes de resolver en sentido desestimatorio, por ese exclusivo motivo, debió la Administración requerir la subsanación, conforme al artículo 78 de la Ley 39/2015, con la advertencia de que si en 10 días no se subsanaba ese defecto, se archivaría la solicitud, teniéndola por desistida.

Al no hacerlo así, esa resolución es, en principio anulable, por ser constitutiva de infracción del ordenamiento jurídico, conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015, aunque debería demostrarse o acreditarse algún tipo de indefensión que se le hubiere causado por la omisión de la información, pues en caso contrario podría tratarse de una mera irregularidad no invalidante.

8. Comente las incidencias jurídicas de los hechos narrados en el número 5

a) Naturaleza jurídica del contrato. Procedencia del recurso especial en materia de contratación

Debe examinarse, en primer lugar, la procedencia de recurso especial en materia de contratación, ya que el órgano de contratación mantiene que el contrato que ahora se recurre tiene la calificación de contrato administrativo especial y que, en consecuencia, no se encuentra incluido entre los enumerados en el artículo 44.1 de la Ley de contratos del sector público (LCSP) como susceptibles del recurso especial en materia de contratación. Ello comportaría, asimismo, la falta de competencia del tribunal para resolverlo.

Es cierto que el contrato a que se refieren las actuaciones ha sido calificado en el pliego de cláusulas como contrato administrativo especial, sin embargo, la previa calificación en el pliego de un contrato no excluye la posibilidad de que el tribunal compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la LCSP y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales susceptibles del recurso especial. La razón que fundamenta esta potestad del tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación y en la consideración del efecto útil del recurso establecido en la Directiva 89/665/CEE.

Una inadecuada calificación-tipificación contractual por el órgano de contratación no legitimará el régimen jurídico que se aplique al mismo cuando sea contraria a la debida calificación legal.

Para que conforme al artículo 25 de la LCSP nos encontremos ante un contrato administrativo especial debemos descartar, primero, que se trate de un contrato privado y que el negocio se pueda incluir como un contrato del sector público tipificado, decidiendo sobre su carácter patrimonial o contractual y, en este segundo caso, por las diferentes tipificaciones contractuales.

Ha sido doctrinal y jurisprudencialmente muy debatida la naturaleza de los contratos análogos al ahora analizado, es decir, cuando conllevan prestaciones de hacer y utilización del patrimonio público.

La complejidad de esta cuestión se manifiesta en las diferentes calificaciones otorgadas por los órganos de contratación, por los órganos consultivos y los pronunciamientos de los órganos encargados de la resolución del recuso especial acerca de negocios jurídicos similares.

En primer lugar, conviene analizar la posible exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP. El artículo 9.1 excluye las

autorizaciones o concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14 [concesiones de obras], que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

Las autorizaciones y concesiones demaniales están excluidas de la legislación de contratos del sector público. No lo están las concesiones de obras aunque recaigan sobre dominio público, ni las de servicios.

El artículo 89 de la LPAP permite la ocupación de espacios en edificios administrativos y el 90, relativo a autorizaciones especiales de uso sobre bienes afectados o adscritos, dispone:

El ministro titular del departamento o el presidente o director del organismo que tuviese afectados o adscritos bienes del Patrimonio del Estado, podrá autorizar su uso por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas para el cumplimiento esporádico o temporal de fines o funciones públicas, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por cuatro años, prorrogables por igual plazo.

La autorización demanial se viene utilizando como figura jurídica que regula expresamente el supuesto de ocupación por terceros de espacios en edificios administrativos para dar servicios dirigidos a sus empleados o al personal visitante, citando como ejemplos las cafeterías, los cajeros automáticos, las oficinas postales, la instalación y explotación de máquinas expendedoras de comidas y bebidas u otros análogos. Cuando la ocupación es accesoria a un contrato administrativo que autorice dicha ocupación, este será el título habilitante y por tanto no será necesario someterse a este procedimiento de adjudicación, según establece la misma LPAP. Señala al respecto el artículo 91.4 que:

Las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquel. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

Es criterio manifestado por las juntas consultivas de contratación y por la jurisprudencia que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial.

Como advierte la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en la calificación de un contrato es de aplicación, como elemento delimitador, la causa del negocio.

Habrà que analizar cada negocio jurídico individualmente considerado para determinar cuál fuera la causa o finalidad perseguida con el mismo por la Administración, con el objetivo de poder dilucidar que existía o no un fin público más allá del puramente patrimonial, para en ese caso poder calificar la relación como contractual. La legislación contractual y la legislación patrimonial recogidas en la LCSP y la LPAP, respectivamente, contemplan cada

una supuestos diferentes de actividad administrativa, de modo que es la finalidad pública perseguida y la causa explicitada lo que determinará la calificación de un negocio como contractual o patrimonial. El primero (el contrato) atenderá a la obtención de una finalidad pública, prevaleciendo ese interés público en el servicio a obtener (ofrecer un servicio a los usuarios, ofrecer un mejor servicio aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), y en el segundo (concesión patrimonial) prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiera de la cesión de un bien demanial mediante su utilización privativa con beneficio del particular que ocupa el espacio cedido. Cuando se plantea la utilización de los bienes demaniales hay que tener presente que si la actividad a realizar en el inmueble de dominio público pudiera considerarse como prestación de servicios por la finalidad pública que persigan, más que como utilización privativa de un bien de la Administración, entonces habría que utilizar el régimen contractual, que es lo que ocurre en este caso.

Una vez descartado el carácter patrimonial, debemos analizar el tipo contractual que más se adecua a lo regulado en los pliegos y comprobar en primer lugar si es correcta la calificación como contrato administrativo especial.

Las definiciones de los tipos contractuales en la LCSP siguen las reglas de las directivas comunitarias a partir del 18 de abril de 2016. Este efecto es especialmente relevante en cuanto si se ha de tener en cuenta la nueva definición expansiva del contrato de servicios y la positivización del tipo contractual de concesión de servicios, que suponen la reducción del ámbito de los contratos administrativos especiales y el desplazamiento de la categoría de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional.

De acuerdo con el artículo 25.b de la LCSP.

Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: [...] b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo, puesto que el concepto de contrato administrativo especial se establece por contraposición al resto de contratos que podríamos denominar típicos (contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios), por tanto, debemos descartar la posibilidad de inclusión en alguno de los otros tipos contractuales regulados en las directivas y en la LCSP.

Finalmente, señalar que el régimen jurídico de los contratos especiales, en el caso de que estuviéramos en presencia del mismo, es también, según el artículo 25.2, el propio de los contratos administrativos.

b) Prohibición de contratar

Vienen contemplada esa causa en el artículo 71.2 a) de la LCSP: haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, pero esta cláusula no opera automáticamente, sino que, conforme al artículo 72, exige un procedimiento donde se fijará la duración que le impide contratar con la Administración. Esto ignoramos si se dio o no en el presente caso.

c) No se siguió el procedimiento para la concesión demanial

Es cierto que el artículo 89 de la LPAP admite la ocupación por terceros de espacios en edificios administrativos para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante, como cafeterías, etc. Esta ocupación deberá estar amparada por la correspondiente autorización, que se efectúa con bienes muebles o instalaciones desmontables, o concesión, si se produce por medio de instalaciones fijas o por un contrato que permita la ocupación de acuerdo con lo previsto en la LCSP. Pero el artículo 90.4 señala que no serán necesarias autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público, como es el caso que nos ocupa.

9. Ajuste a derecho del ejercicio de la acción posesoria de recuperación de oficio ejercitada por la Administración

No es ajustada a derecho esta actuación administrativa porque el ejercicio de esta potestad regulada en los artículos 55 a 57 de la LPAP procede cuando ha habido un acto de usurpación, pero no para, como ocurre en nuestro caso, cuando existía un título habilitante que permitía la posesión del bien demanial y se ha extinguido.

Para ello la ley prevé la figura del desahucio administrativo, en el caso de que desaparezca el título de condiciones que legitimaban su ocupación por terceros (arts. 58 a 60 LPAP). El procedimiento se regula en el artículo 59 y consta fundamentalmente de estas fases:

- La previa declaración de extinción o caducidad del título que otorga el derecho a la utilización del bien (en este caso, la extinción del contrato administrativo).
- Audiencia del interesado en el procedimiento administrativo.
- Resolución por el titular del departamento, que es ejecutiva.
- Requerimiento al interesado para que en un plazo máximo de ocho días abandone el lugar, con apercibimiento de ejecución forzosa.
- Ejecución forzosa, si no cumple con este requerimiento, a través de los medios que sean necesarios.

La no actuación conforme a estos requisitos supondrá vía de hecho de la actividad administrativa, por no respetar el procedimiento administrativo previsto para tal situación.

10. Comente las incidencias jurídicas de los hechos narrados en el número 6

a) Procedencia del deslinde

Son dos los presupuestos que se requieren para promover y ejecutar el deslinde de los bienes de la Administración, como señala el artículo 50.1 de la LPAP: que los límites ya sean imprecisos o que existan indicios de usurpación.

En este caso, es la Administración la que afirma que existe dicha incertidumbre en los límites de la finca, pero lo cierto es que existe escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, donde consta como división de ambas propiedades –pública y privada– una acequia que fija la división de ambos inmuebles.

No resulta procedente el deslinde cuando los inmuebles se encuentren perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre. Por ello, la incertidumbre o imprecisión de límites ha de ser objetiva, es decir, solo la falta ocasionada por virtud de su falta de determinación, por la forma imprecisa que ostentan los inmuebles existentes o por la inexistencia de signos aparentes que permitan la identificación de la línea perimetral de ambos predios (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2003, entre otras).

En este caso, el procedimiento de deslinde puesto en marcha por la Administración obedece a un criterio meramente subjetivo, sin base objetiva, pues está exteriorizada la línea divisoria de ambas propiedades de manera clara (acequia y Registro de la Propiedad).

De cualquier forma, solo los artículos 52 y siguientes de la LPAP regulan el procedimiento de deslinde.

b) Procedencia del recurso de reposición

El órgano competente para resolver el procedimiento, previa instrucción, a tenor del artículo 51 de la LPAP, era el ministro de Hacienda, luego este recurso potestativo, en principio, por esta razón, era procedente.

Ahora bien, nos encontramos ante un acto de trámite no cualificado, como es el acuerdo de iniciación por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 112, no es procedente recurso alguno. Este escrito debe ser considerado como meras alegaciones, que deberían

originar una resolución administrativa, poniendo fin al deslinde por su improcedencia, debido a las razones antes comentadas.

c) Ejercicio de acciones civiles

No deben ser admitidas, pues el artículo 50.2 señala que iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, y mientras dure su tramitación, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión. Luego deberá esperar a que finalice este procedimiento de deslinde para poder plantear el recurso oportuno.

d) Posibilidad del desistimiento y de renuncia de la Administración

Como todo procedimiento administrativo, el de deslinde concluye con un acuerdo resolutorio, pero nada impide, en principio, la terminación del procedimiento a través de las restantes formas contempladas en el artículo 84 de la Ley 39/2015, entre las que viene citada el desistimiento.

El hecho de que el artículo 94.1 solo haga referencia al interesado como el único que puede solicitar el desistimiento de sus solicitudes, en modo alguno ha venido siendo un obstáculo para que la Administración pueda también utilizar esta figura como modo de finalizar un procedimiento por ella iniciado. Así lo ha proclamado las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1986 y de 11 de julio de 1990 al afirmar que:

La jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que la Administración desista de un procedimiento iniciado de oficio por ella, pues aunque la LPA contempla únicamente el supuesto de desistimiento del interesado, ello no impide que pueda darse válidamente un desistimiento llevado a cabo por decisión de la Administración cuando llega al convencimiento de la falta de base de las actuaciones de que se trate.

En la actualidad, el artículo 93 de la Ley 39/2015 señala que «en los procedimientos iniciados de oficio, la Administración podrá desistir, motivadamente, en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes».

Recordamos que, en este caso, defendimos la improcedencia de la acción de deslinde, puesto que no se había planteado la incertidumbre necesaria para el ejercicio de dicha acción. Ahora bien, como el desistimiento solo afecta al procedimiento, no impediría que la Administración, posteriormente, con base en nuevas pruebas, pudiera obtener la incertidumbre de los límites de la propiedad, y poner en marcha un nuevo procedimiento de deslinde para clarificar la cuestión.

Otra cosa es la renuncia a sus derechos, que la Ley 39/2015 la anuda solo al interesado en el artículo 94 de la LPAP, cuando no esté prohibida por el ordenamiento jurídico.

El *desistimiento* es la terminación anormal de un proceso debida a que el actor manifiesta su voluntad de abandonar su pretensión, pero sin renunciar al derecho en que la basaba, que podrá ejercitar en un nuevo procedimiento posterior.

La *renuncia*, por su parte, es la terminación anormal de un procedimiento por el que la parte manifiesta su voluntad de abandonar su pretensión, renunciando al derecho material que la apoya, es decir, que posteriormente no podrá ejercitar en otro proceso.

De los artículos 6, referido a los principios relativos a los bienes y derechos de dominio público, y 7, referido a principios relativos a los bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales, deducimos que es obligación de la Administración la defensa de sus bienes y derechos, porque es algo que afecta al interés general.

El artículo 10.4 b) añade que

es competencia de los distintos departamentos ministeriales «Ejercer las funciones relativas a la vigilancia, protección jurídica, defensa, inventario, administración, conservación, y demás actuaciones que requiera el correcto uso de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que tengan afectados o cuya administración y gestión les corresponda».

El título II de la LPAP, referido a la protección y defensa del patrimonio, dedica el capítulo I a la obligación de proteger y defender el patrimonio, señalando el artículo 28 que:

Las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. A tal fin, protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral, y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello.

Y el 29:

1. Los titulares de los órganos competentes que tengan a su cargo bienes o derechos del Patrimonio del Estado están obligados a velar por su custodia y defensa, en los términos establecidos en este título.
2. Iguales obligaciones competen a los titulares de concesiones y otros derechos sobre los bienes de dominio público.

Prueba de ello es que el artículo 41 de la LPAP le otorga una serie de privilegios y prerrogativas en orden a la defensa de su patrimonio, recogiendo en la letra b) de dicho pre-

cepto la de deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad, regulándose el procedimiento en los artículos 50 a 55 de dicha ley.

Por todo ello, en el caso de procedimientos relativos al patrimonio de la Administración no sería posible admitir la figura de la renuncia, pues supondría que jamás podría poner en marcha, de nuevo, el procedimiento de deslinde en ese caso, ni aunque aparecieran nuevas pruebas que acreditaran su titularidad como, por ejemplo, la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad porque ha existido falsificación, cohecho o cualquier otro delito al realizarse aquella.

Lo que sí admite el artículo 31 es la transacción y sometimiento a arbitraje en estos términos:

No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.

Pero esto es otra cuestión.

e) Recurso interpuesto por el interesado

Respecto al recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto, será el procedente si impugna algo que tiene su base en el derecho administrativo, en caso contrario no será el recurso procedente, ni la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para resolver esta cuestión.

La jurisdicción normal para recurrir un deslinde administrativo es la contencioso-administrativa, puesto que es la competente para juzgar si los actos administrativos que aprueban tales deslindes son o no nulos o ajustados a derecho. Es decir, es esta jurisdicción competente para analizar la legalidad del procedimiento administrativo, así como el criterio utilizado en el mismo para deslindar el dominio público de la propiedad privada. Sin embargo, aunque el procedimiento administrativo afecte a la propiedad privada, lo cierto es que la jurisdicción competente para cuestiones relacionadas con el derecho de propiedad es la jurisdicción civil y, por tanto, es la competente para acciones declarativas de dominio y reivindicatorias relacionadas con los deslindes administrativos del dominio público, con independencia del título que ostente la Administración con competencia, que además está establecida en normas administrativas que regulan bienes de dominio público de distinta naturaleza, así como la propia jurisprudencia, tanto de la Sala Primera como Tercera del Tribunal Supremo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 50/1997 (Ley del Gobierno), art. 2 i).
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 11, 19 y 114.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 5.3, 6 a), 33, 41, 50, 51, 52, 55, 57, 58, 60, 70, 71, 73, 85.2, 89, 91, 92, 93, 98, 100, 101 y 137.4.
- Ley 19/2013 (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), art. 17.3.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 24, 47.1, 48, 78, 84, 93, 94 y 95.
- SSTS, Sala 3.^a, de 4 de marzo de 1981, 5 de julio de 1985 y 6 de mayo de 1996.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1699-129X (en versión impresa) e ISSN-e 2531-2146 (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 subepígrafos 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.



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2021

CEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 31.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 27.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 18.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 7.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 6.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaría del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, Paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo finaliza el día **4 de mayo de 2021**, a las **20,00 horas**.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede solicitar las bases del premio visitando www.cef.es

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

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

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA