

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núms. 235-236 | Agosto-Septiembre 2020

ISSN: 1699-129X

Libertades de expresión e información de presos

Wendy Pena González

Transformación digital de la justicia

Vicente Magro Servet

Derecho de familia y jurisdicción voluntaria

Eduardo Sánchez Álvarez

Tratamiento ilícito internacional de datos personales

Alfonso Ortega Giménez

Responsabilidad penal de las empresas

Idoya Fernández Marcaida

tu currículum no dice que
**TE SACASTE
EL GRADO
MIENTRAS
CUIDABAS
A TU HIJO.**

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

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
110 110 110

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

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

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

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

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

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

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

Facultad de Ciencias Jurídicas

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

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

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

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

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

Facultad de Ciencias Jurídicas

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

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

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



Revista CEFLegal

Núms. 235-236 | Agosto-Septiembre 2020

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

Carmen Alonso Ledesma. Catedrática de Derecho Mercantil. UCM

Manuel Arenilla Sáez. Director del INAP y catedrático de Ciencia Política y de la Administración

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

Xabier Arzo Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Borja Carvajal Borrero. Director de KPMG

Matilde Cuenca Casas. Catedrática acreditada de Derecho Civil. UCM

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

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

Francisco Gil Durán. Socio de Gómez Acebo y Pombo

Nicolás González-Deleito. Socio de Cuatrecasas Abogados

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

Juan José Marín López. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

Manuel Martínez Sospedra. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad CEU Cardenal Herrera

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

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

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

María José Morillas Jarillo. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Fernando Sainz Moreno. Catedrático emérito de Derecho Administrativo. UCM

Remedio Sánchez Ferriz. Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

Joaquín Sarrión Esteve. Investigador Ramón y Cajal y profesor de Derecho Constitucional. UNED

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

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

Mariano Yzquierdo Tolsada. Catedrático de Derecho Civil. UCM

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 (2020) (11 números) 160 €

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

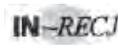
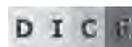
Artes Gráficas Coyve, SA

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2020 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

Estado de alarma y consumidores: desproteger al que se proclama proteger. 5-30
(Consideraciones respecto al artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo)

*State of alarm and consumers: unprotecting the person proclaimed to be protected.
(Considerations regarding article 36.4 of Royal Decree-Law 11/2020, of 31 March)*

Eduardo Sánchez Álvarez

Las ventajas del proceso de transformación digital de la justicia 31-52

The advantages of the digital transformation of justice process

Vicente Magro Servet

Constitucional-administrativo

Tratamiento ilícito internacional de datos personales, Reglamento general de pro- 53-80
tección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia ju-
dicial internacional y de determinación de la ley aplicable

*International illicit treatment of personal data, general regulation of data protection
of the EU and international private law: international jurisdiction and determination of
applicable law*

Alfonso Ortega Giménez

Las libertades de expresión e información de los presos (Comentario a la STC 81-94
6/2020, de 27 de enero)

*Right of expression and information of those sentenced to prison (Comment to STC
6/2020, of January 27)*

Wendy Pena González

Penal

- El nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de su condición de responsables civiles 95-108
The new regime concerning the criminal liability of legal persons. An analysis of their condition to be held as civilly liable
Idoya Fernández Marcaida

Casos prácticos

Civil

- Inscripción de finca privativa adjudicada por convenio regulador de un divorcio 109-115
Adelaida Medrano Aranguren
- Tratamiento fiscal de las costas judiciales 116-122
José Ignacio Atienza López
- Impago de las cuotas de una comunidad de propietarios: prescripción de la acción de reclamación 123-128
Casto Páramo de Santiago
- La partición hereditaria 129-135
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Administrativo

- Expropiación forzosa 136-150
Julio Galán Cáceres

- Normas de publicación 151-152

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>



Estado de alarma y consumidores: desproteger al que se proclama proteger. (Consideraciones respecto al artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo)

Eduardo Sánchez Álvarez

*Doctor en Derecho, profesor asociado de Derecho Civil.
Universidad de Oviedo*

Extracto

La pandemia de la COVID-19 está condicionando de manera prácticamente integral nuestro devenir cotidiano desde que irrumpió con protagonismo absoluto en nuestras vidas. La respuesta estatal a este desafío para nuestra sociedad, el empleo, la actividad económica... está siendo constante y variable, siempre abrumadora, intentando adaptarse a la propia dinamicidad de la situación crítica en curso. Semejante respuesta se canaliza y vertebrata jurídicamente en un batallón de normas de distinto rango, contenido y alcance. Una de ellas tiene por objeto aparente la protección de los consumidores en una modalidad contractual específica: el contrato de viaje combinado; y toma cuerpo mediante el artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo. Al análisis crítico de esa farragosa norma dedicamos estas reflexiones desde una premisa crucial: ¿verdaderamente el legislador está cumpliendo su obligación de protección al consumidor, máxime considerando la tribulación que estamos atravesando?

Palabras clave: viaje combinado; ley; consumidor; pandemia.

Fecha de entrada: 15-07-2020 / Fecha de aceptación: 31-07-2020

Cómo citar: Sánchez Álvarez, E. (2020). Estado de alarma y consumidores: desproteger al que se proclama proteger. (Consideraciones respecto al artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo). *Revista CEFLegal*, 235-236, 5-30.



State of alarm and consumers: unprotecting the person proclaimed to be protected. (Considerations regarding article 36.4 of Royal Decree-Law 11/2020, of 31 March)

Eduardo Sánchez Álvarez

Abstract

The pandemic of the COVID-19 is conditioning in a practically integral way our daily development since it burst with absolute protagonism in our lives. The state's response to this challenge for our society, employment, economic activity... is being constant and variable, always overwhelming, trying to adapt to the very dynamism of the current critical situation. Such a response is legally channelled and structured into a battalion of rules of varying rank, content and scope. One of them is apparently aimed at protecting consumers in a specific contractual mode: the package travel contract; and it takes shape through article 36.4 of Royal Decree-Law 11/2020, of 31 March. To the critical analysis of this cumbersome rule we dedicate these reflections from a crucial premise: Is the legislator really fulfilling his duty of consumer protection, especially considering the tribulation we are going through?

Keywords: travel combined; law; consumer; pandemic.

Citation: Sánchez Álvarez, E. (2020). Estado de alarma y consumidores: desproteger al que se proclama proteger. (Consideraciones respecto al artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo). *Revista CEFLegal*, 235-236, 5-30.



Sumario

1. Introducción
 2. El régimen jurídico vigente en materia de viajes combinados con anterioridad al estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo
 3. Estudio del artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo
 - 3.1. El artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo
 - 3.2. En concreto, su apartado cuatro
 4. Valoración crítica
 - 4.1. El artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo
 - 4.2. En concreto, su apartado cuatro
 5. Apunte conclusivo
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Obviamente, nuestras vidas han quedado enormemente trastocadas por la irrupción en ellas del ya desgraciadamente famoso virus SARS-CoV-2 y la contagiosísima enfermedad de la COVID-19 que provoca. El reguero de daños que va dejando como estela a su paso es descomunal: vidas humanas, los temores más que razonables a rebrotes o sucesivas oleadas de la infección sin que la ciencia médica haya dado aún con una vacuna o, al menos, con tratamientos paliativos eficaces, un parón en todas nuestras actividades habituales para, mediante un confinamiento domiciliario, intentar aminorar o detener la transmisión del patógeno, una crisis económica cuyos albores presenciamos temerosos de su duración y profundo alcance, y la subsiguiente crisis social que con altas probabilidades también habremos de atravesar.

Aunque particularmente estimemos que la situación se halla lejos de haberse superado, estamos trabajando como sociedad en la búsqueda de retomar en la medida de lo posible el pulso cotidiano de nuestras actividades, la añorada rutina previa a la pandemia. Hemos tenido forzosamente que aceptar lo que eufemísticamente se viene denominando como «nueva normalidad», concepto verdaderamente falsario, pues si se la cualifica así en realidad se está reconociendo que no se compadece bien con la verdadera normalidad, la que conocíamos hasta la llegada del virus.

Ante semejante tribulación, el Estado ha articulado mecanismos excepcionales, desconocidos en su intensidad y alcance por las generaciones vivas, para intentar luchar contra ella, atajarla y frenarla. Al amparo de lo previsto en el artículo 116 de nuestra Constitución (CE) se ha activado un estado de alarma, con sensible limitación (cuando no suspensión, aunque no entraremos en esa diatriba jurídica de honda relevancia)¹ de derechos de la ciudadanía orientada a detener la propagación del virus. Tal estado se acordó mediante el Real Decreto

¹ *V. gr. cfr.* Urrutia Sagardia (2020). Respecto a los límites que no podría desbordar un estado de alarma, *vid.* Cruz Villalón (2004) o Aba Cotoira (2011). En particular sobre esta situación que hemos atravesado, Fernández de Gatta Sánchez (27 de mayo de 2020) y (17 de junio de 2020).

463/2020, de 14 de marzo, prolongándose en virtud de las sucesivas prórrogas concedidas por el Congreso de los Diputados durante más de tres meses. Convertido ese decreto, cierto es que con valor formal o rango de ley (ATC 7/2012, de 13 de enero; y STC 83/2016, de 28 de abril), en auténtica y primordial fuente del ordenamiento jurídico español a lo largo de todo ese periodo, lo cierto es que sus desarrollos normativos para tratar de acometer y solventar todas las incidencias que por los distintos lares de la realidad iban surgiendo se han plasmado en una infinidad de normas jurídicas, principalmente normas reglamentarias y decretos-leyes fundados en la objetiva situación de extraordinaria y urgente necesidad en presencia (art. 86.1 CE), pero también en un batallón de disposiciones gubernativas de concreción de aspectos específicos (circulares, instrucciones, protocolos...).

No podemos negar que ello ha dificultado sensiblemente la cognoscibilidad, sensata y sosegada, del conjunto normativo en cuestión. Una situación así, crítica para la sociedad, ha justificado poderes extraordinarios, concentrados especialmente en el Gobierno, exteriorizada en esta suerte de apoteosis gubernativa que toma cuerpo en toda esa muchedumbre normativa. Además, la propia dinamicidad de la crisis coadyuva a complicar más una visión de conjunto de esta problemática. Se han tenido que ir modificando, alterando, derogando y desplazando... muchas de esas normas, sustituyéndolas por otras, reglando campos análogos cuando no idénticos².

A esta dificultad habría que añadir otro tipo de potenciales excesos normativos en los que nuestro legislador de urgencia ha podido incurrir, aprovechando la situación en curso para reglar otros extremos que, aparentemente, poco o nada tienen que ver con la crisis surgida, convirtiendo a esas normas en leyes ómnibus en donde caben aspectos de lo más variopinto sin gran conexión conceptual entre ellos, en una demostración que se considera tangible de una técnica legislativa, cuando menos, sumamente cuestionable.

En este trabajo buscamos la exposición y análisis crítico de una disposición concreta nacida al socaire del referido estado de alarma en relación con un aspecto extremadamente específico apegado al ámbito académico del derecho civil, por suponer un contrato en particular: los viajes combinados o, más detalladamente, el efecto suspensivo y las consecuencias jurídicas que el impeditivo advenimiento de la pandemia le ha infligido a la práctica totalidad de los que ya se hallaban concertados para el periodo en que la misma experimentó mayor eclosión, provocando el ya mencionado parón en la totalidad de la actividad cotidiana y su correlativa movilidad.

Se contextualizará debidamente la cuestión partiendo de la regulación (muy reciente, todo sea dicho) que existía en la materia con anterioridad a esta crisis, considerando singu-

² Sobre esta técnica legislativa atropellada, y la subsiguiente generación de múltiples encrucijadas y perplejidades interpretativas, cfr. Cerdeira Bravo de Mansilla (2020, pp. 46-49), o del mismo autor (5 de junio de 2020), con finura, crítica aguda y acertadísima.



larmente su origen y posición jerárquica en el sistema de fuentes; se expondrá con ánimo de suficiente minuciosidad el remedio extraordinario introducido por el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, afectando a este terreno; y se concluirá extrayendo una valoración que, adelantamos, será crítica a su adopción.

2. El régimen jurídico vigente en materia de viajes combinados con anterioridad al estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo

Para la regulación de los viajes combinados con anterioridad al latigazo provocado por la pandemia, contábamos con un sistema normativo completo y bastante reciente que trataba de colmar adecuadamente previas carencias, máxime estimando la extensión de nuevas formas de contratación apoyadas en los crecientes desarrollos tecnológicos que se han experimentado en los últimos tiempos.

En efecto, el turístico ha venido erigiendo un mercado creciente (crucial, de hecho, en el caso de España, por constituir la primera industria nacional) que no podía permitirse adolecer de una regulación adecuada y plena. Hasta no hace demasiado tiempo, no parece descabellado estimar que tal mercado podía sufrir ciertas escaseces regulatorias ante la eventual carencia de normativa ajustada a semejante emergente realidad, sirviéndose de cauces telemáticos, si es que la vigente no empasta bien con ella –dado que, sin duda, «un tratamiento correcto de la contratación electrónica de servicios turísticos exige poner en relación [...] diferentes normas jurídicas [...] Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico [...] Código Civil –CC, a partir de ahora– y de Comercio [...] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias –TRLGDCU, en adelante– [...] Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación» (Asensi Meras, 2016, pp. 164-165), en especial si la jurisprudencia tampoco fuera capaz de generar doctrina suficiente para cubrir esas potenciales oquedades con sus resoluciones³ (por ejemplo, en lo que atañía a los denominados paquetes dinámicos)⁴.

Esos nuevos vientos, soplando con fuerza desde el apoyo en la contratación electrónica y autónoma por parte del turista/viajero, con mayor libertad y capacidad de configuración de los servicios concretos a los que deseaba acceder, difuminaban un rasgo históricamente esencial para detectar la presencia de estas figuras contractuales: las tareas gestoras y organizativas del operador concreto que constituían las agencias de viajes,

³ Cfr. Cavanillas Múgica (2013).

⁴ V. gr. *vid.* Aparicio Vaquero y Batuecas Caletrío (2014).

anteriormente fijado «como requisito configurador del viaje combinado» (Asensi Meras, 2016). Es innegable que la generalización en el uso de internet en la contratación apegada a esta actividad económica, junto a la génesis de múltiples empresas turísticas que se ponen a través de su conducto en contacto con el e-turista/consumidor, provocó a su vez que múltiples productos y paquetes de esta índole pudieran quedar huérfanos de un marco normativo rector adecuado.

Valorando factores como este, se acometió con empeño una regulación nueva y acorde a estas realidades ya impreteribles. Ante todo, resultó ser el legislador europeo –con las consecuencias aparejadas a ello, *infra*– quien se afanó en dar cumplimiento a tan sentida necesidad normativa con la aprobación de la Directiva 2015/2302, del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. Su objetivo básico estribó en la búsqueda del ajuste de estas nuevas realidades de contratación –en un ámbito turístico ergo de consumo, reténgase e *infra*– para la integral protección del viajero, pretendiendo un sensible reforzamiento en la transparencia y seguridad jurídica de los sujetos que operan en el mercado turístico. En su artículo 2 se dispuso expresamente que su ámbito material de aplicación pasaba a contemplar dos tipos de modalidades: por una parte, los viajes combinados –ya preexistentes pero a quienes se brinda un nuevo contenido jurídico– y, por otra, los que define y denomina servicios de viajes vinculados que facilitan varios empresarios turísticos a viajeros/usuarios⁵. En lo que a estas reflexiones atañe, ha de significarse que la directiva conceptúa de manera dispar en parangón a lo que se venía manteniendo precedentemente a los viajes combinados (abarca tanto al paquete tradicional diseñado por el empresario como al dinámico que personaliza el cliente, cumpliendo los requisitos prefijados)⁶.

⁵ «Entre los que se comprenden, además del transporte de pasajeros y el alojamiento que ya contemplaba el TRLGDCU, el alquiler de vehículos y cualquier otro servicio turístico [...]. Se entiende al menos dos tipos diferentes [...] que [...] sin constituir un viaje combinado, den lugar a la celebración de contratos distintos con cada uno de los prestadores individuales de servicios de viaje si un empresario facilita (1) con ocasión de una única visita o contrato con su punto de venta, la selección y el pago separado de cada servicio de viaje por parte de los viajeros; o (2) de manera específica, la contratación de al menos un servicio de viaje adicional con otro empresario, siempre que tenga lugar a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje [...]. Se ciñe a establecer la obligación de los empresarios a contratar una garantía que permita reembolsar a los viajeros para todos los pagos realizados en caso de insolvencia y a regular las obligaciones de información precontractual de los empresarios» (Gragera Contador, 24 de enero de 2019).

⁶ «Se modifica la definición de viaje combinado, de forma que se incluyen no solo los paquetes preconfeccionados, sino también la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje cuando los servicios de viaje (i) son contratados en un único puntos de venta y seleccionados antes de que el viajero acepte pagar, (ii) son ofrecidos, vendidos o facturados a un precio a tanto alzado o global (iii) son anunciados o vendidos como viaje combinado o bajo una denominación similar, o (iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero

Más allá del detalle regulatorio concreto, ha de reseñarse en este momento de la exposición lo más granado de los rasgos genéricos que oxigenan esta normación. A nuestro entender, el dato que la preside se apoya en que «se opta por la armonización de máximos, con base legal en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–, en el que se establecen las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior», conllevando «un claro reflejo en relación con la naturaleza imperativa de las disposiciones reguladas» en la directiva –*infra*– (Feliú Álvarez de Sotomayor, 2019, p. 3). Se da así un giro copernicano en relación con el sustento que envolvía a su antecesora, la Directiva 90/314/CEE, cuando regulaba elementos transcendentales sobre esta materia con innegable flexibilidad, luego brindando margen de manobra eventualmente plural o diferencial a los dispares Estados miembros en la subsiguiente transposición, gestando en relación de causalidad diferentes niveles de protección del turista en función de cada Estado –cfr. considerando 51–.

Ello deja traslucir sin duda un poso indisimuladamente imperativo con brioso ánimo de unificar la legislación rectora sobre este particular en todos los Estados miembros, de tal modo que se consiga un veraz mercado interior por estos lares capaz de brindar iguales derechos y obligaciones, con solvente seguridad jurídica, a quienes en él intervienen –*vid.* art. 1 de la directiva–. A fin de aseverar la complitud regulatoria, si restara algún ámbito no específicamente regulado una vez efectuada la correspondiente transposición, se habría de cubrir por la normativa interna en materia de contratación de consumo dado que, recordemos, dentro de este sector nos movemos. Solamente desde esa expansiva imperatividad en la formulación e implementación de la normativa en cuestión cabe articular, a la postre, un sistema de ejecución forzosa, de llegar el caso, de lo que se establece (por ejemplo, mediante la implementación de medidas sancionadoras, a aplicar de ser preciso para aseverar la viveza plena de lo que se regla). Como luminoso ejemplo que ratifica esta apreciación, muy a tener en cuenta de hecho cara al análisis que aquí se propone, dispone su artículo 23.3 que «toda cláusula contractual o declaración del viajero que suponga una renuncia o limitación directa o indirecta de los derechos conferidos a los viajeros por la presente Directiva o que tenga por objeto eludir su aplicación no será vinculante para el viajero», en el marco general que dibuja el artículo 23.2 en orden a que «los viajeros no podrán renunciar a los derechos que les confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva». Se refuerza así en este entorno material lo que ya prevenía el artículo 10 del TRLGDCU, la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario

elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje» (Gragera Contador, 24 de enero de 2019). Como sintetiza Heras García, «la Directiva [...] transfiguró la regulación precedente sobre el viaje combinado [...] ensanchando su alcance y protección, y abarcando otros productos que se encontraban en una indefinición jurídica o no estaban claramente cubiertos por la regulación anterior, introduciendo, asimismo, el concepto de servicios de viaje vinculados [...] como modelo empresarial alternativo» (Heras García, 2020, p. 2).

en todas sus disposiciones, con amplia concepción y contenido, bajo sanción de nulidad de pleno derecho.

La imperatividad y armomización de máximos operada es taxativamente indudable ex artículo 4 de esta Directiva 2015/2302, habida cuenta de que «salvo que se disponga de otro modo en la presente [...] los Estados miembros no mantendrán ni establecerán en su derecho nacional disposiciones contrarias a las establecidas en la presente directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas que den a los viajeros un nivel diferente de protección». La imperatividad de la normación se desprende directamente de la propia formulación verbal, inequívocamente cogente. Ello es totalmente lógico por una cuestión de pura seguridad jurídica: habilitar normaciones dispares dentro de un único mercado fomentaría de inmediato su fragmentación y, por ende, su frustración.

Bien, al encontrarnos ante una formulación normativa europea en forma de directiva, como es sabido, había de transponerse al ordenamiento interno. Tal obligación se cumplimentó, con significativo retardo –todo sea lealmente dicho⁷, mediante el Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre (RDL18, en adelante), convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de enero de 2019. En opinión de Gragera Contador (24 de enero de 2019), el texto del RDL18 «no presenta muchas modificaciones con respecto al contenido básico de la Directiva, limitándose a incorporarla al Derecho español, con pocas variaciones», aunque ciertamente «destaca la decisión del legislador español de optar por una protección de los viajeros superior al estándar marcado por la Directiva, incorporando algunas modificaciones que benefician a los viajeros y extendiendo muchos de sus derechos y obligaciones de los organizadores de viajes combinados a los minoristas».

En el apartado IV de la exposición de motivos del RDL18 se explicitan por el legislador los objetivos que con la norma en cuestión anhela cumplimentar:

- a) En primer término, se efectúa una modificación del ámbito de aplicación de la normativa en la materia, ampliándolo; y se aporta un elenco de definiciones legales armonizadas (v. gr. incrementando el alcance del concepto viaje combinado con extensión a productos de viaje que precedentemente se hallaban dudosamente cubiertos por la normativa rectora; o haciendo que el sujeto protegido sea el viajero –con mayor ámbito que el concepto de consumidor, si cabe– a quien se pasa a catalogar como «toda persona que tiene intención de celebrar un con-

⁷ Compartimos el parecer consistente en que «es de lamentar, otra vez, que nuestro país no haya actuado con la debida diligencia y celeridad, omitiendo el término de la transposición y arriesgándose, de nuevo, a que se le pueda imponer una eventual y considerable sanción pecuniaria prevenida en el art. 260.3 TFUE tras la incoación por la Comisión del procedimiento formal de infracción núm. 2018/0068» (Heras García, 2020, pp. 3-4).

trato o tiene derecho a viajar en virtud de un contrato celebrado» con arreglo a la nueva regulación que introduce el RDL18, ex art. 151.1 f) TRLGDCU).

- b) La inserción del concepto servicios de viaje vinculados, en el cual el papel que desempeñan los empresarios turísticos consiste en facilitar a los viajeros, «de manera presencial o en línea», la contratación de servicios de viaje, «llevándoles a celebrar contratos con distintos prestadores, inclusive mediante procesos de reserva conectados», teniendo presente que erigen un modelo empresarial alternativo al de los viajes combinados. En cualquier caso, se exige la conjunción de determinados servicios de viaje para poder ser configurados como tales.

Remitiéndonos ya sin más dilación a la regulación implementada como derecho positivo, el RDL18 introduce una nueva redacción al libro cuarto del TRLGDCU, que ahora se denomina «viajes combinados y servicios de viaje vinculados». En concreto, se le han añadido algunos preceptos (arts. 150 a 170) y un par de anexos.

Se aporta legislativamente la siguiente definición de viaje combinado (art. 151.1.b TRLGDCU), prácticamente transcrita de la que aporta a su vez el artículo 3.2 de la meritada directiva que se traspone⁸. Se entiende por esta figura:

La combinación de, al menos, dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios

1.º son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un único contrato por la totalidad de los servicios, o

2.º con independencia de la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje, esos servicios:

i) son contratados en un único punto de venta y seleccionados antes de que el viajero acepte pagar,

ii) son ofrecidos, vendidos o facturados a un precio a tanto alzado o global,

iii) son anunciados o vendidos como «viaje combinado» o bajo una denominación similar,

iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje, o

⁸ Vid. Reyes López (2019).

v) son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios con quienes se celebra otro contrato, a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

La combinación de servicios de viaje en la que se combine como máximo uno de los tipos de servicios de viaje a que se refieren los apartados 1.º, 2.º o 3.º de la letra a) con uno o varios de los servicios turísticos a que se refiere su apartado 4.º, no se considerará un viaje combinado si estos servicios turísticos no representan una proporción igual o superior al veinticinco por ciento del valor de la combinación y no se anuncian o no constituyen por alguna otra razón una característica esencial de la combinación, o si solo han sido seleccionados y contratados después de que se haya iniciado la ejecución de un servicio de viaje contemplado en los mencionados apartados 1.º, 2.º o 3.º

Un viaje combinado, pues, implica la conjunción de, como mínimo, dos tipos de servicios de viaje en un único itinerario, si es que pueden englobarse en alguno de dos bloques: (1) que resulten combinados por un solo empresario (aun cuando los pida o seleccione el viajero) antes de celebrar un solo contrato por todos los servicios. (2) Al margen de que se celebren contratos dispares con prestadores de servicios diferentes, si estos servicios resultan ser algunos de los que se ha explicitado.

Correlativamente, un contrato de viaje vinculado, ex artículo 151.1 c) del TRLGDCU, se cataloga como «el contrato por el conjunto del viaje combinado o, si dicho viaje se realiza con arreglo a contratos distintos, todos los contratos que regulen los servicios de viaje incluidos en el mismo».

Apunta Las Heras la cuestión dudosa relativa a la forma de este contrato, particularmente si la misma es o no un requisito esencial del mismo (*ad solemnitatem/ad probationem*, respectivamente) habida cuenta de que «con la nueva dicción de los arts. 153, 154 y 155 TRLGDCU se podría mantener [...] que nos hallamos ante un contrato formal» (Heras García, 2020, p. 8). Entendemos, al igual que el autor citado, que el contrato de viaje combinado no es formal, engarzándose al criterio general prevenido por el artículo 1.278 del CC, dado que su no formulación escrita no lleva aparejada causa de nulidad o ineficacia de ningún tipo. La eventual carga de la prueba del cumplimiento de los deberes de información insertos en el contenido del contrato, de llegar el caso, competiría al empresario (art. 156 TRLGDCU).

Debemos retener también que el contrato finaliza de varias formas, aparte de la lógica ejecución del mismo (considerando las modulaciones de los arts. 161, 162 y 163 TRLGDCU). A ella habrá que añadir la resolución, la cancelación por parte del organizador (con reembolso del total de los pagos si no se alcanzara el *quorum* mínimo de viajeros fijados



con deber correlativo de comunicación al viajero conforme al art. 160.2.a TRLGDCU, o si le resulta imposible la ejecución por causas extraordinarias e inevitables, teniéndose asimismo que comunicarlo al viajero en un tiempo prudente) y el ejercicio del derecho de desistimiento previo al comienzo del viaje contratado.

3. Estudio del artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo

Al pasar a analizar el precepto objeto de estas líneas, podemos para una mejor exposición escindir un par de bloques argumentales directamente extraíbles del tenor normativo implementado.

3.1. El artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo

Bien, en el curso del estado de alarma al que hemos hecho referencia más arriba, se dictó el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (RDL19, a partir de ahora). Leemos en su exposición de motivos que «es necesario dotar a los consumidores y usuarios de los mecanismos que garanticen sus derechos y su protección», lo que se aspira a lograr con la adopción de «diferentes medidas aplicables a los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios, sean o no de tracto sucesivo, cuya ejecución sea imposible como consecuencia de la aplicación de las medidas adoptadas en la declaración del estado de alarma», añadiendo que «en estos casos, los consumidores y usuarios podrán ejercer el derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días».

Entiende Marín López que «la finalidad de la norma es que las partes intenten alcanzar un acuerdo que permita mantener la vigencia del contrato [...]. La norma parece obligar al consumidor a negociar con el empresario una solución pactada, que puede consistir, por ejemplo, en aceptar bonos o vales por el importe del precio que el consumidor podrá usar en el futuro», si bien debe quedar meridianamente claro que «en realidad el consumidor no está obligado a negociar, ni tiene por qué aceptar una propuesta de acuerdo que el empresario considere razonable», dado que lógicamente «el empresario no puede imponer una revisión del contrato que, a su juicio, sea equilibrada y exigir al juez que la decrete» (Marín López, 28 de mayo de 2020, pp. 1-2).

En primer término, se estima necesario contextualizar someramente el inciso que nos interesa dentro del precepto al que se incardina, el extensísimo artículo 36 del RDL19, el cual lleva por denominación aparentemente diáfana «derecho de resolución de determina-

dos contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios»⁹, incluyendo en su seno cuatro apartados: El primero que autoriza al consumidor a resolver el contrato que haya celebrado con un empresario si este no puede cumplirlo a resultas de las medidas adoptadas con base en el declarado estado de alarma, si bien previamente debe haberse intentado lograr un acuerdo de novación del contrato por un periodo mínimo de 60 días. El segundo, relativo a los efectos de la resolución del contrato en virtud de los cuales el empresario habría de devolver al consumidor las cantidades que previamente le hubiera abonado. El tercero, que regularía qué régimen sería aplicable a contratos de servicios de tracto sucesivo. Por fin, el cuarto, que constituye nuestro objeto de estudio, reglaría los efectos de la resolución del contrato de viaje combinado ocasionado por la pandemia.

El presupuesto fáctico material de este conjunto de prevenciones contractuales requiere una serie de condiciones que han de apreciarse y concurrir fehacientemente, a modo de ordenado *iter* lógico y cronológico. Ante todo, es preciso que nos hallemos ante un contrato celebrado por un consumidor con un empresario. En segundo término, en ese vínculo contractual, con el valor *inter partes* que consagra el artículo 1.091 del CC, el empresario incumple la obligación que le corresponde satisfacer, sin que el RDL19 distinga entre potenciales tipos de obligaciones, por lo que entendemos que abarcaría a cualesquiera de ellas (art. 1.088 CC). Semejante incumplimiento empresarial es debido a una imposibilidad surgida sobrevenidamente a rebufo del estado de alarma decretado, más específicamente (lo que ha de considerarse *a contrario sensu* para dejar fuera del radio de acción material del precepto otros incumplimientos producidos, aun a causa de los efectos de la pandemia) «de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma». Entiéndase en sus justos términos ese tenor legal reproducido: no es que el RDL19 busque aplicabilidad a cualquier eventualidad nacida de la irrupción de la epidemia, sino que el incumplimiento que declara sujeto a sus previsiones ha de tener raíz en medidas adoptadas para su atajamiento, es decir, tomadas por las autoridades correspondientes mediante los mecanismos normativos correlativos (legales, reglamentarios, administrativos, etc.)¹⁰. Así pues, este régimen especial no suplanta integralmente otras previsiones que pudieran incidir en las situaciones acaecidas (por ejemplo, el art. 1.105 CC): si el incumplimiento del contrato en liza se debiera a aspectos apegados a la epidemia, pero no tuviera directa motivación en las

⁹ Marín López (13 de abril de 2020, p. 4) sistematiza el precepto en liza: «Se aplica a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores [...]. No contiene una definición de consumidor y empresario. A estos efectos, habrá que estar al concepto de consumidor y empresario de los arts. 3 y 4 TRLGDCU o, en su caso, al concepto específico de consumidor que se contiene en la concreta normativa reguladora del contrato de que se trate [...]. Se ocupa de los contratos celebrados por consumidores, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo [...]. Tiene vocación omnicomprensiva. Se aplica a cualquier contrato, sea cual sea su naturaleza o su denominación [...]. Entra en juego, por tanto, en la compraventa de bienes muebles o inmuebles, o en la prestación de servicios de cualquier clase».

¹⁰ En efecto, «la imposibilidad de cumplimiento debe provenir de las medidas adoptadas, no del propio riesgo Covid-19» (Vilalta Nicuesa, 12 de mayo de 2020).

medidas adoptadas por las autoridades competentes y, cumulativamente, durante su vigencia, seguiría en aplicación el conjunto de normas generales existentes precedentemente. Por fin, a nuestro juicio, es indiferente que el incumplimiento obligacional empresarial, siempre y cuando se produzca a razón y en las coordenadas legalmente implementadas, resulte total o parcial, habida cuenta de que el tenor normativo no efectúa distinción alguna en ese sentido. Lo verdaderamente importante más bien parece ser que tenga una entidad tal que habilitara al consumidor a resolver el contrato.

Procesalmente, desde el criterio de la *onus probandi*, y si se arribara a sede judicial como consecuencia del tratamiento legal brindado a este tipo de relaciones jurídico-contractuales, no se apreciaría ninguna disrupción en el régimen global prefijado por el artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil. Debería el consumidor probar el incumplimiento contractual, mientras el empresario habría de probar que tal incumplimiento se debe a las causas cubiertas por la prevención del RDL19, esto es, originado directamente por las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma decretado.

Por otra parte, también resulta preciso hacer mención a la vigencia temporal del artículo 36 del RDL19. Lógicamente, se aplicará a partir de su entrada en vigor (en concreto, el 2 de abril de 2020). Pero, ¿podemos considerar que cuente también con aplicación retroactiva? En ausencia de prevención específica sobre este aspecto en sus disposiciones transitorias, aspecto criticable habida cuenta la complejidad del régimen normativo introducido que hubiera justificado sobradamente pronunciamiento legislativo sobre el particular, debemos acudir al régimen general y supletorio contenido en el CC (art. 4.3 de este cuerpo normativo). La clave en este sentido, a nuestro parecer, radica en la fecha específica en la que se haya producido el incumplimiento contractual del empresario a causa de esas medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma; y también, eventualmente, en la actitud que pudiera haber tomado precedentemente el consumidor (si antes del 2 de abril de 2020 ya hubiera ejercitado sus derechos resolutorios). No olvidemos que, al afrontar la interpretación y proyección de estas normas, habríamos, a nuestro juicio, de tener en consideración la prevención del artículo 4.2 del CC; es decir, al hallarnos ante la que consideramos una norma excepcional y de ámbito temporal, cosida al estado de alarma decretado, no puede aplicarse «a supuestos ni en momentos distintos que los comprendidos expresamente en ellas».

3.2. En concreto, su apartado cuatro

Tras este esbozo ubicativo, nos referiremos ya solamente al precepto sobre el que centramos nuestro análisis. Dispone el artículo 36.4 del RDL19 lo siguiente:

En el supuesto de que se trate de contratos de viaje combinado, que hayan sido cancelados con motivo de la COVID-19, el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario, previa aceptación por parte de este, un

bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado que deberá abonarse, a más tardar, en 14 días. En cualquier caso, el eventual ofrecimiento de un bono sustitutorio temporal deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución.

Del farragoso tenor del precepto transcrito, *prima facie*, podemos extraer como rasgos esenciales los siguientes: (1) Su ámbito material se reduce rigurosamente a los viajes combinados. (2) No se aplica, consiguientemente, a otros servicios que no son susceptibles de encajar en la categoría jurídica estricta normativamente predefinida de viaje combinado –p. ej. estancia de hotel contratada aislada e individualmente–¹¹. (3) Respecto a la entrega del bono a que se refiere el precepto reproducido, constituye una opción del empresario que sin embargo resulta obligatoria para el consumidor. (4) El consumidor no podría solicitar que se le restituya el importe abonado por el viaje contratado hasta el transcurso del periodo de un año desde el alzamiento del estado de alarma en curso al promulgar la norma que se anal-

¹¹ Muy minuciosamente, Martínez Espín (28 de mayo de 2020) propone la sistematización de las situaciones a que es aplicable el artículo 36.4 del RDL19. Por el interés objetivo de su propuesta, muy esclarecedora, la reproducimos introduciendo por nuestra parte una numeración: (1) «Viajes cancelados antes de la entrada en vigor del estado de alarma [...] y de la entrada en vigor del RD Ley 11/2020. No es de aplicación el precepto referido, sino el régimen vigente en el art. 160.2 [...] que reconoce el derecho de desistimiento, pero la penalización ya no es fijada por la ley [...], sino por el contrato con las limitaciones establecidas en la ley [...]. Se trata de un desistimiento ejercitado por voluntad del consumidor, incluso cuando la fecha del viaje estaba prevista para el estado de alarma o con posterioridad. Ahora bien, cuando concurren circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino [...] el viajero tendrá derecho a resolver el contrato antes del inicio de este sin pagar ninguna penalización. En este caso, el viajero tendrá derecho al reembolso completo de cualquier pago realizado, pero no a una compensación adicional. El reembolso ha de ser efectivo. No se prevé el canje por bonos, siquiera con carácter indefinido». (2) «Viajes cancelados antes del estado de alarma y por consiguiente del RD Ley pero por motivos del Covid-19. Será de aplicación el art. 36.4. No será de aplicación si la cancelación se debe a otros motivos». (3) «Viajes cancelados durante el estado de alarma y cuya fecha de realización estaba prevista durante el mismo. Ante la imposibilidad de realizar el mismo, es de aplicación el art. 36.4». (4) «Viajes cuya fecha estaba prevista en el ámbito temporal del RD Ley 11/2020 (un mes desde la finalización del estado de alarma). Es de aplicación el art. 36.4». (5) «Viajes cancelados con posterioridad al estado de alarma pero por motivos Covid [...]. En todos estos casos, sería de aplicación el art. 36.4». (6) «¿Hasta cuándo se extiende la cancelación de viajes amparada por la normativa Covid? [...]. La respuesta ha de ser la siguiente: si todavía no se tiene la certeza de la imposibilidad de prestación del servicio, y por tanto de la cancelación del viaje, el consumidor estará obligado a cumplir con las obligaciones contractuales (cumplir con el calendario de pagos). Si, aproximándose la fecha de realización del viaje existe la imposibilidad de ejecución, el consumidor tendrá derecho a la cancelación del viaje, y la agencia podrá entregar un bono para su utilización en el plazo de un año desde la finalización del estado de alarma y sus prórrogas, y si el consumidor no lo ejercita en dicho plazo, podrá exigir la devolución de lo entregado en el plazo de 60 días. Esto es, el miedo no permite reembolsos íntegros».

iza. Más sintéticamente aún, el precepto ordena que el consumidor reciba un bono por el importe satisfecho, «que podrá ser utilizado durante un año desde la finalización del estado de alarma, y que únicamente podrá solicitar el reembolso íntegro del precio cuando haya transcurrido ese año sin haber utilizado el bono» (Marín López, 13 de abril de 2020, p. 2).

Desde este momento, ya podemos apreciar el roce desarmónico de esta prevención con otras normas situadas en su mismo ámbito material. El artículo 12 de la meritada directiva pauta el régimen del reparto de riesgos que puede aparecer en el curso de este contrato, implicando supuestos de resolución del mismo. El artículo 160 del TRLGDCU lo ha reproducido literalmente en la transposición al precepto europeo, de tal forma que, en resumidas cuentas, se establece este régimen: (1) Si es el consumidor quien cancela el viaje combinado ante el surgimiento de circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las intermediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino, aquel tendrá derecho a resolver el contrato en cuestión, así como al reembolso total de cualquier pago realizado, sin ninguna penalización, mas no así a una compensación adicional. Semejante reembolso ha de tener lugar sin retardo, y como máximo en el plazo de catorce días naturales. (2) Si, por el contrario, fuera el organizador del viaje quien le pone fin al mismo, habrá de reembolsar al viajero la totalidad de los pagos, no siendo responsable de ninguna indemnización adicional si esa imposibilidad de ejecución del contrato nace de la aparición de circunstancias inevitables y extraordinarias. En este supuesto, el aludido reembolso habría de producirse en el plazo máximo de catorce días naturales, sin obligación de indemnizar daño al consumidor (*a contrario* que si cancelara por otros motivos).

Entonces, como acertadamente concluye Agüero Ortiz (3 de abril de 2020),

la obligación solidaria del organizador y el minorista comercializador del viaje era el reembolso del precio, de forma que en ningún caso –subráyese– el consumidor podía ser obligado a recibir un bono por su valor, si quiera eterno, pues el cumplimiento de las obligaciones ha de ser exacto e idéntico al contenido de la obligación (arts. 1.157 y 1.166 CC). Así pues, si organizador o minorista impusieran la recepción de un bono, estarían incumpliendo su obligación legal de reembolsar, al imponer la recepción de una cosa distinta a la obligada (...). En resumen, siempre que se cancelase el viaje por imposibilidad sobrevenida, el consumidor tendría derecho al reembolso del precio en un máximo de 14 días naturales, con irrelevancia de quién solicitara la cancelación.

Comparemos esa regulación con la que introduce el artículo 36.4 del RDL19. Y así, comprobamos fehacientemente que:

1. Si es el consumidor quien cancela el viaje por las medidas implementadas a resultados del estado de alarma, se le entrega un bono y no tiene derecho a que se le reembolse lo abonado salvo que los proveedores incluidos en el contrato de viaje combinado

hubieran procedido a la devolución total –reténgase– del importe correspondiente a sus servicios. De ser esos reembolsos parciales, el consumidor solamente tendrá derecho a que se le efectúe una devolución igualmente parcial, idéntica a la recibida previamente por el organizador o minorista y que se descontará del valor total del bono. Además, se previene que el plazo para que vayan teniendo lugar los reembolsos al consumidor afectado sea de 60 días a contabilizar desde la resolución del contrato o desde la fecha en que los diversos proveedores de los servicios integrados en el contrato hayan realizado a su vez su devolución (luego ese cómputo no será tampoco unívoco, habrá tantos cuantos prestadores de servicios insertos en el viaje combinado vayan realizando sus abonos). Por consiguiente,

ahora el consumidor tiene derecho a un bono (no al reembolso) consumible en un año. Pierde pues su derecho al reembolso íntegro en 14 días, al que solo tendrá derecho si no usa el bono en un año. Además, tendrá derecho a reembolsos parciales, solo si es él quien solicita la cancelación, que se irán realizando y descontando de su bono a medida que los prestadores de los servicios vayan pagando al organizador o minorista, en el exagerado plazo de 60 días desde la recepción del pago por el organizador (Agüero Ortiz, 3 de abril de 2020).

Por añadidura, otros factores convergen para coadyuvar a reforzar este marco jurídico-normativo tan lesivo para el consumidor: por ejemplo, ¿cómo puede arbitrar medios probatorios de que los prestadores de servicios han reembolsado en todo o en parte el coste de sus labores al organizador o minorista? ¿No supone ese alargado plazo un enriquecimiento injusto, por no causal o ayuno de título jurídico adecuado, durante ese tiempo para organizador o minorista del contrato? ¿Por qué además no se prevé que puedan devengarse intereses por esa demora?

2. Si, por el contrario, el viaje combinado fuera cancelado por el organizador o minorista al no poder ejecutarlo a resultas de las medidas adoptadas para atajar en lo posible la pandemia con basamento jurídico en el estado de alarma, podrá entregar al consumidor un bono para ser utilizado dentro de un año desde el fin de la vigencia del estado de alarma y sus subsiguientes prórrogas, por un monto igual al reembolso que al referido consumidor le hubiera correspondido. De no usarse el bono en el plazo de un año por el consumidor, el organizador o minorista habría de reembolsarle el precio del viaje.

Tal parece que ese bono queda configurado como un derecho del organizador y una obligación del consumidor, pero se intuye que «esta oferta no puede afectar al derecho del pasajero a optar por el reembolso» (Vilalta Nicuesa, 12 de mayo de 2020) –*infra*–.

Todavía más, se quiebra también la prevención anteriormente arbitrada en orden a que los pagos que realizaran los consumidores en el curso de contratos de viajes combinados hayan de estar imperativamente asegurados por un fondo de garantía

(sea un seguro, aval, u otra garantía de esa índole), (arts. 17 Directiva 2015/2032 y 164 TRLGDCU). Esa garantía debe estar disponible para aseverar, justamente, la eventualidad de que deban producirse reembolsos a los viajeros por contratos no ejecutados. Sin embargo, el artículo 36.4 del RDL19 nada indica sobre el particular. Debe seguir activa esa garantía, pero no se le da aplicación. Al contrario, se priva de la devolución mientras, en puridad, ha de mantenerse la garantía previamente constituida¹².

4. Valoración crítica

Llegado este momento expositivo, procede aportar la valoración crítica que la normación introducida y rápidamente comentada nos sugiere. Siguiendo la sistemática pauta en el apartado precedente, bifurcaremos esas consideraciones, de un lado, sobre el artículo 36 del RDL19 y, de otro, ciñéndonos exclusivamente a su apartado cuarto.

4.1. El artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo

En una valoración general del artículo 36 del RDL19, podemos indicar que acarrea una sangrante contradicción entre su propia denominación y lo que posteriormente establece en perspectiva material. Se envuelve en una redacción afótica, abigarrada, compleja; pero aun contando con esta externalidad añadida no se conjura ni evita constatar el objetivo que verdaderamente persigue obtener. Semejante antítesis es rotunda y flagrante, inatacable se mire como se mire.

El precepto no protege al consumidor mediante la concesión al mismo de una cualificada facultad resolutoria del contrato afectado por la pandemia en su cumplimiento y la subsi-

¹² La Comisión Europea, ante la cascada de cancelaciones de viajes y la articulación por los Estados miembros de medidas para dar una respuesta a los subsiguientes problemas, dictó la Recomendación 2020/648, en la que se argumenta que, considerando la normativa europea, se reconoce que esas numerosas cancelaciones han conducido a los sectores afectados a «una situación insostenible de tesorería e ingresos». Por eso, «si los organizadores o los transportistas se declaran insolventes, existe el riesgo de que muchos viajeros y pasajeros no reciban reembolso alguno». De ahí que se estime que la emisión de bonos de viaje pueda ser la mejor manera de proteger los intereses de pasajeros y viajeros, instándose a las empresas a hacer atractivos esos mecanismos (protegidos contra su insolvencia, canjearse en periodos largos de tiempo, transferibles sin coste adicional para el viajero...). Ello, con todo, no significa en absoluto la imposición del empresario de estos remedios. Lo que la Comisión pretende es abogar por la cooperación entre empresario y consumidor. Concretamente, insta a «cooperar de buena fe y esforzarse por lograr un reparto equitativo de las cargas provocadas por la pandemia». La cooperación implica negociación, pacto, desde luego no que el legislador implemente medidas imperativas que únicamente resulten beneficiosas para una de las partes en el contrato.

guiente recuperación del precio abonado a resultas de su concertación. Lo que el precepto verdaderamente tutela sin disimulo es al empresario, evitando una avalancha de reclamaciones de los consumidores en los distintos contratos con él celebrados que, lógicamente, le podrían colocar en gravísimas dificultades de tesorería si es que tuviera que devolver todos esos montos en un periodo de tiempo prácticamente simultáneo. No es cuestionable que se proteja a los empresarios, muy especialmente a los que ostenten posiciones más débiles, ante la calamidad surgida, evitando que sufran un mayor perjuicio si cabe a resultas de todas estas devoluciones. Pero, ¿es aceptable obrar así en detrimento o perjuicio del consumidor? De hecho, no se opera en esa línea ante la situación inversa (consumidor en dificultades económicas que se agraven por el cumplimiento de las obligaciones de un contrato previo, sobre todo al no poder invocar el artículo 1.182 del CC por concurrencia de una causa sobrevenida de incumplimiento si el abono del precio constituye una obligación genérica por definición, *genus nunquam perit*), lo que refuerza ese sesgo partidista del legislador y volatiliza un imprescindible equilibrio de las prestaciones en juego.

La subversión que conlleva el precepto no se puede ocultar. Incumplida una obligación por el empresario, aun por las causas sobrevenidas conocidas, e instada por el consumidor en ejercicio de sus derechos subjetivos legalmente reconocidos la resolución del contrato, no es asumible que se le pueda imponer a este una solución diferente a la que previamente, con carácter ya típico, se hallaba predeterminada (es decir, el reembolso del precio abonado). Carece de sentido jurídico haber implementado esta solución perjudicial al consumidor ante un supuesto de incumplimiento contractual ocasionado por una arquetípica fuerza mayor.

La protección al empresario (y a la actividad económica, en última instancia) no justifica suficientemente la perversión normativa perpetrada: el artículo 36 del RDL19 es una norma jurídica falsaria, que intenta enmascarar lo que regula con una proclamación absolutamente opuesta. Así es, en realidad el artículo 36 del RDL19 tiene por meta paralizar el ejercicio de la acción de resolución que constituye un derecho subjetivo de los consumidores (entendemos, *odiosa sunt restringenda*, que no las demás que le asistan, v. gr. una reclamación de daños y perjuicios ex art. 1101 CC).

4.2. En concreto, su apartado cuatro

En lo que al artículo 36.4 del RDL19 específicamente atañe, ha de decirse que el artículo 160.2 del TRLGDCU, antes de la puesta en vigor del RDL19, ya prevenía el régimen jurídico del derecho a la resolución del viaje combinado por parte del consumidor ante circunstancias de fuerza mayor, disponiendo que

cuando concurren circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino, el viajero tendrá derecho a resolver el contrato antes del inicio del mismo sin pagar ninguna pena-

lización. En este caso, el viajero tendrá derecho al reembolso completo de cualquier pago realizado, pero no a una compensación adicional.

De otro modo, y en presencia de las circunstancias reflejadas, el empresario contaba con la facultad de ofrecer al consumidor un viaje alternativo; y este podía optar por aceptarlo o por la resolución del contrato sin penalización de ningún tipo. Quizás podamos estimar que esta regulación preexistente era suficientemente garantista y beneficiosa para los intereses jurídico-contractuales en juego, máxime en comparación con lo que pasa ahora al implementar el artículo 36.4 del RDL19.

Parece obvio que el precepto en quien centramos nuestra intención no aporta ningún tipo de garantía o beneficio extra al consumidor. Todo lo contrario: restringe y poda derechos, dado que se condiciona su derecho de resolución del contrato, que conllevaría reintegro de las cantidades abonadas, a que «los proveedores de servicios de viaje combinado efectuaran la devolución al organizador o, en su caso, al minorista», o a que cuando «la cuantía devuelta por cada uno de ellos fuera parcial, el consumidor o usuario tendrá derecho al reembolso parcial correspondiente a las devoluciones efectuadas, siendo descontado del importe del bono entregado por la resolución del contrato». Es decir, en virtud de la normación del artículo 36.4 del RDL19 el consumidor únicamente ostenta derecho a resolver el contrato y a la restitución de lo abonado si los distintos prestadores de los servicios del viaje combinado restituyen a su vez al organizador las sumas que pudiera haberles entregado. Si la devolución fuera parcial, el consumidor podría recibir la misma añadiéndosele un bono por las que restaran, a fin de ser utilizado en el plazo de un año a contar desde la finalización del estado de alarma y sus prórrogas.

Evidentemente, lo que el RDL19 perpetra es un asalto a los derechos de los consumidores y una subversión de los criterios introducidos por la directiva y transpuestos por el RDL18.

Resulta igualmente dudoso fijar los medios por los cuales los bonos que se entregaran a los consumidores se encuentren garantizados. Es evidente que han de estarlo, pero al no concretar cómo el texto normativo, quizás esa garantía se pueda debilitar.

Así las cosas, el legislador nos ofrece una mentira radical. El consumidor ya contaba con un derecho subjetivo de reembolso en caso de que el viaje combinado afectado no pudiera realizarse por haber sobrevenido una imposibilidad material, como así ha sucedido con la pandemia. Pero, lo que es cualitativamente más grave a nuestro entender, no se ha protegido de ninguna forma al consumidor, sino al empresario, minorista u organizador de viajes combinados, al disipar o volatilizar su obligación de reembolso correlativa al derecho del consumidor.

En una óptica centrada en la interconexión de la norma en estudio con el resto del ordenamiento jurídico del que, indudablemente, forma parte, encontramos también otra flaqueza no menor destacable por portar en sí aptitud para contradecir elementos normativos

integrantes de aquel que, por jerarquía, criterio competencial o ambos de consuno, no son disponibles de ser apartados sin más por una norma ulterior de la naturaleza y rango del artículo 36.4 del RDL19.

Es sobradamente sabido que la protección del consumidor erige un principio básico del derecho comunitario europeo. Así obra en los tratados, se plasma constantemente en las normas de derecho derivado que se van promulgando en su ámbito y ratifica, vinculantemente para ciudadanía y Estados miembros, una inequívoca doctrina fijada por el TJUE. La clave del asunto, pues, radica en ponderar cuál es la relación entre esas normas de derecho europeo y las que, compartiendo ámbito material, pudieran dictar los Estados miembros dentro de sus jurisdicciones nacionales.

En la selección y aplicación de la norma jurídica que deba aplicarse a la regulación de algún extremo específico, como pudiera ser el que abordamos, existiendo coincidencia normativa material entre la comunitaria y la interna, han de regir los criterios preestablecidos por las propias normas comunitarias que los Estados miembros, una vez adheridos a la Unión, pasan a considerar parte integrante de su derecho interno (acervo comunitario europeo). Recordemos brevemente los principios rectores que adornan a las normas europeas y se imponen en su interacción con las nacionales por sus fondos materiales atribuidos previamente por los tratados: (1) Primacía (prevalencia de la norma europea sobre la nacional si hubiera contradicción entre ellas, no tanto por una razón jerárquica sino *ratione materiae*). (2) Efecto directo (a su vez, vertical u horizontal). (3) Hermenéutica propia (su interpretación ha de efectuarse según los privativos principios del derecho comunitario que, además, va efectuando el TJUE). (4) Autonomía (el Derecho europeo constituye un ordenamiento autónomo, individualizable respecto al derecho de los Estados miembros de la UE, aunque con clara convergencia con ellos desde el momento en que se integran con la teleología final de obtener una normación uniformada en las materias prefijadas para todos los Estados socios). Y (5) congelación de rango (inaplicabilidad de las disposiciones contrarias al derecho europeo que se promulgaran por las legislaciones nacionales, sin que puedan acordarse con validez actos legislativos opuestos a aquellas, presentes o futuros)¹³.

Este marco genérico, por supuesto, es aplicable a España desde el momento en que se adhirió a las Comunidades Europeas y, consiguientemente, asumió en su integridad el acervo jurídico de estas. El derecho europeo entró de lleno en nuestro ordenamiento jurídico, transformándolo y mejorándolo en tantos aspectos (como el que tratamos aquí, de hecho) e incidiendo resueltamente en sectores que, por supuesto, conforman materialmente derecho civil, habida cuenta de que el influjo normativo del derecho europeo se proyecta no solamente hacia el derecho público, sino de forma singularmente intensa sobre el derecho

¹³ Como obras de carácter general ahondando con el preciso detalle en la cuestión, Andrés Sáenz de Santa María, González Vega y Fernández Pérez (1996), Mangas Martín y Linán Nohueras (2014) o Alcalde Fernández y Casado Raigón (2014).

privado. Si acaso, podemos detectar cierta hibridez dogmática en estas normas: estando ante derecho europeo (con sus principios y criterios rectores propios, su garantía judicial a través del juez nacional ex art. 4.1 de la LOPJ, que asume simultáneamente la condición de juez europeo pero que cuenta en última instancia con la labor suprema y cupularmente funcional en la salvaguarda judicial de este conjunto normativo del TJUE...) se regulan aspectos propios del derecho civil (persona, familia, obligaciones, contratos...). Esas normas son materialmente civiles, mas formalmente se trata de normas europeas con los efectos que ello objetivamente conlleva. Este fenómeno provoca otro correlato significativo: en los campos materiales afectos (insistimos, como pueden ser el consumo o el turismo, recordemos a la directiva citada más arriba) que pasa a regular el derecho de la Unión Europea, se produce un progresivo desplazamiento o sustitución del derecho civil interno por el comunitario, a aplicar preferente y excluyentemente en caso de concurrencia conflictiva entre ambos¹⁴.

Si tenemos presente que la Directiva 2015/2302 goza, como ella misma proclama de manera inequívoca –*supra*–, de carácter imperativo, y su valor y eficacia queda protegida por esa urdimbre normativa y conceptual, juridificada por los tratados europeos, a la que nos hemos rápidamente referido, ¿de veras no es más que esperable la nulidad de pleno derecho de la normación del RDL19 teniendo en cuenta, simultáneamente, los principios de jerarquía normativa/primacía del derecho europeo, con su efecto directo apegado, y de distribución material entre el ordenamiento interno y el comunitario? De mantener de alguna manera su validez, ¿no provoca que durante su periodo de vigencia se dinamite, desde España en este caso, la unidad de mercado que es lo que precisamente anhela sin ambages la promulgación de la directiva aludida, *supra* de nuevo?

¿Permite hallarnos en un estado de alarma relajar o suspender derechos de índole privada y, en última instancia, dejar sin efecto aun temporalmente la normativa imperativa de origen europeo? A nuestro juicio, no. La razón es sencilla, no es preciso establecer esta normativa para lograr el objetivo que, falazmente, manifiesta justificar su promulgación. Los derechos del consumidor se hallaban perfectamente protegidos con la regulación europea y con su transposición por el RDL18, incluyendo eventualidades como la que desgraciadamente ha concurrido ahora. Es precisamente con esta regulación del RDL19 cuando el consumidor en el curso de un contrato de viaje combinado queda a la intemperie, desguarecido, sin una mínima cobertura jurídica en el mantenimiento protector de su posición jurídica. El RDL19 se oxigena en otra teleología, lícita sin duda, pero inadecuada si se piensa en los consumidores. La clave es transparente: el RDL19 excepciona por su abierta contraposición al RDL18, es decir, al TRLGDCU y, por extensión, a la Directiva 2015/2032. Y ello no es técnico-jurídica-

¹⁴ Entonces, existiendo y coexistiendo un derecho Civil interno y un derecho Civil europeo, en función de la vigencia de ese marco rector del derecho comunitario, especialmente del principio de congelación de rango anteriormente esbozado, se colige que su «ámbito se va extendiendo paulatinamente a medida que materias reguladas por el Derecho Civil propio pasan a ser reguladas por el Derecho Civil de la Unión Europea» (Díaz-Ambrona Bardají, Hernández Díaz-Ambrona, Pous de la Flor y Tejedor Muñoz, 2018, p. 52).

mente factible, en nuestra opinión, en ningún caso. Una situación extraordinaria, temporal, no puede dejar en suspenso una norma europea por los confines del derecho privado. El legislador, más bien, se aprovecha de la coyuntura para la consecución de unos objetivos que no son acordes a los principios comunitarios por una doble razón de ser: vacía de contenido el principio de protección del consumidor y, de paso, rompe una unidad de mercado que es un criterio que, significativamente, justifica la promulgación de la Directiva 2015/2031.

5. Apunte conclusivo

Nos encontramos con una regulación, compleja y oscura, adornada de multitud de dificultades interpretativas, que en última instancia es incapaz de enmascarar cuál es el objetivo que verdaderamente persigue y que dista sideralmente de lo que se proclama tan ambiciosamente. Se implementa esta normación para evitar situaciones de colapso financiero de los empresarios turísticos a resultas de una cascada simultánea de ejercicio de derechos de resolución por parte de los consumidores de los contratos suscritos previamente con ellos, considerando la imposibilidad de su cumplimiento a resultas de las circunstancias sobrevenidamente acaecidas.

No puede criticarse en absoluto que el legislador anhele la tutela de los intereses empresariales o, incluso más allá, de la propia actividad económica nacional. Pero ello no puede llevarse a cabo a costa de cercenar y mermar los derechos de los consumidores, consagrando un inaceptable desequilibrio dañoso, de hecho, para quien ya llega al contrato en una situación de inferioridad que habilita, *ipso facto*, esa sobreregulación protectora por la normativa que ahora se desactiva mientras falsamente se anuncia a bombo y platillo su refuerzo. Y eso es lo que ha sucedido en el supuesto en estudio: un atropello *ex post facto* de los derechos y la posición jurídica del consumidor, relegado ante las urgencias económicas sin tener en cuenta que previamente ha cumplido escrupulosamente con sus obligaciones contractuales o que, incluso, también puede hallarse afectado muy lesivamente por el topetazo económico que la pandemia ha provocado a un volumen demasiado considerable de miembros de nuestra sociedad.

Así pues, con estas ocurrencias normativizadas, tan poco sosegadas y reflexionadas, el extralimitado legislador está poniendo en clara solfa la vigencia de principios que no le son disponibles, entendemos, ni siquiera en el curso de una situación tan excepcional como la que llevamos viviendo desde hace meses. Amputar los derechos de los consumidores es un ataque más que posible a la vigencia del principio *pro consumatore*, con suficiente consagración y respaldo constitucional –cfr. art. 51 CE– y europeo, mediante una norma que, jerárquica y competencialmente, no puede ser contraria a la CE, a los tratados comunitarios o a la nomotética doctrina del TJUE.

Lo que nuestro legislador ha resuelto, con error sangrante y con una absoluta disformidad entre lo que dice hacer y lo que verdaderamente hace, es imponer al consumidor una

solución que no se compadece ni con los principios normativos que le son aplicables *ratione personae* ni con los mínimos criterios de reparto equilibrado de contraprestaciones que un contrato lleva consigo (aun con las modulaciones en presencia, justamente arbitradas legalmente por mor de hallarnos ante normativa de derecho del consumo). Nada podríamos objetar a que se hubiera prevenido que el consumidor pudiera aceptar este bono; pero es inaceptable que se le imponga tal criterio.

La consecuencia es demoledora. El RDL19 ha convertido al consumidor, *ope legis* e incomprensiblemente, en un financiador forzoso de las empresas turísticas. De paso, se ha trasladado a esta parte, en práctico monopolio, el sufrimiento del riesgo aparejado al negocio jurídico afectado. No se entiende la lógica de todo el castigo que se inflige, más allá de salvaguardar como consumidor a quien no lo es y dejarlo en la medida de lo posible todo lo alejado que sea factible del riesgo de quiebra. Por supuesto que es lícito que los poderes públicos protejan a estos actores económicos. Que arbitren para ello los correspondientes fondos estatales, pero no que se bloqueen los montos que no tienen esa condición, sino que son de propiedad de los consumidores.

Al consumidor se le ha causado legislativamente un varapalo formidable, acrecentando más si cabe los sufrimientos que la propia diseminación de la epidemia provoca. Se ha dejado sin vigor, mientras se desarrollara el estado de alarma, un derecho consagrado por la normativa europea y recogido en el artículo 160 del TRLGDCU, que consistía en una obligación de reembolso del precio abonado ante el no cumplimiento del contrato de viaje combinado, íntegro y necesario. La excusa para adoptar esta medida, para más inri envuelta en la falsa bandera de erigir un mecanismo protector para el consumidor, radica en la relevancia del turismo en nuestra economía, representado aquí en el mercado de viajes, paliando o abortando perjuicios económicos al empresario turístico. Como se comprenderá, el espíritu de la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre, también queda anestesiado.

En el fondo, se está cebando la formulación de un coágulo de conflictos que habrán de ser seguramente abordados por la jurisdicción, lugar en que de manera harto probable se restañará este sinsentido a través de la prestación de la tutela judicial efectiva, pese a todas las molestias, gastos, retardos... con la que llegará. A esta vía aboca nuestro legislador. Desde luego, particularmente, abogamos por la no aplicabilidad de la conculcadora regulación del artículo 36.4 RDL19, ya sin entrar en los motivos de fondo que hemos ido recorriendo, por mera formalidad técnico-jurídica: se opone de manera frontal a una directiva europea, lo cual no es válido ni factible. Nos aventuramos a defender que nuestros jueces y tribunales, como otras tantas veces han hecho en tiempos recientes, en su acrecentado y sólido rol de juez europeo, elegirán la norma correcta a aplicar a los conflictos que sobre la materia surjan y ante ellos se sometan. Y esa norma, muy probablemente, no será el artículo 36.4 del RDL19... De otro modo, si un consumidor lo estima oportuno, dado que sus derechos permanecen incólumes en los términos reglados por la directiva y el RDL18, tiene derecho a resolver su contrato de viaje combinado y a obtener el correspondiente reembolso (que, *de iure*, ha de hallarse debidamente asegurado) en el plazo máximo de 14 días.

Referencias bibliográficas

- Aba Catoira, A. (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, Madrid: UNED.
- Agüero Ortiz, A. (3 de abril de 2020). Reduciendo los derechos de los consumidores en tiempo de Covid-19: limitaciones al derecho al reembolso de viajes combinados violando el Derecho de la Unión Europea [blog]. Recuperado de <<https://hayderecho.expansion.com>>.
- Alcalde Fernández, J. y Casado Raigón, R. (2014). *Curso de Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- Andrés Sáenz de Santa María, M.^a P., González Vega, J. y Fernández Pérez, B. (1996). *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Eurolex.
- Aparicio Vaquero, J. P. y Batuecas Caletrió, A. (2014). Régimen de responsabilidad en la prestación de servicios turísticos contratados como paquetes dinámicos. En A. Paniza Fullana (Dir.), *Paquetes dinámicos: problemas y soluciones jurídicas desde una perspectiva internacional*. Madrid: Dykinson.
- Asensi Meras, A. (2016). Contratación on line de servicios turísticos y paquetes dinámicos de turismo. *Revista Investigaciones Turísticas*, 12.
- Cavanillas Múgica, S. (Dir.) (2013). *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*. Granada: Comares.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2020). Los plazos administrativos y procesales ante el Covid-19: ¿suspensión o interrupción?, ¿error juris o lapsus linguae? El Notario del Siglo XXI. *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 90.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (5 de junio de 2020). Paseos con menores ante el Covid-19: entre dimes y diretes, una historia rocambolesca, ¿e interminable? *Diario La Ley*, 9647.
- Cruz Villalón, P. (2004). Normalidad y excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71.
- Díaz-Ambrona Bardají, M.^a D., Hernández Díaz-Ambrona, M.^a D., Pous de la Flor, M.^a P. y Tejedor Muñoz, L. (2018). *Derecho Civil de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Feliú Álvarez de Sotomayor, S. (2019). La imperatividad de la nueva normativa de viajes combinados y servicios de viaje vinculados. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (27 de mayo de 2020). Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos. *Diario La Ley*, 9641.
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (17 de junio de 2020). El estado de alarma y las medidas contra el coronavirus ante Jueces y Tribunales. *Diario La Ley*, 9655.
- Gragera Contador, F. (24 de enero de 2019). Transposición de la Directiva (UE) 2015/2032, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados. Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre. Posibles implicaciones prácticas. *Diario La Ley*, 9344.
- Heras García, M. A. de las (2020). La remodelación del viaje combinado por Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre. *IDP-Revista de Internet, Derecho y Política*, 30.
- Mangas Martín, A. y Linán Nohueras, J. (2014). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.



Marín López, M. J. (13 de abril de 2020). *Efectos del Covid-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-Ley 11/2020*. Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.

Marín López, M. J. (28 de mayo de 2020). *En el art. 36 RD-Ley 11/2020, ¿está obligado el consumidor a aceptar una oferta alternativa razonable?* Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.

Martínez Espín, P. (28 de mayo de 2020). *¿A qué situaciones es de aplicación el art. 36.4 RD Ley 11/2020?* Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.

Reyes López, M. J. (2019). *La nueva regulación de los viajes combinados en el Libro IV del TRLGDCU*. Idibe.

Urrutia Sagardia, E. (2020). Estado de alarma en España por el Covid 19. Medidas del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. *Incidencia del coronavirus en el ámbito laboral y medidas del Real Decreto-ley 7/2020 y el Real Decreto 463/2020*. Thomson Reuters.

Vilalta Nicuesa, A. E. (12 de mayo de 2020). Los derechos de los pasajeros en tiempos del Covid-19 y el conundrum del artículo 36 del RD-Ley 11/2020. *Diario La Ley*, 9360.



Las ventajas del proceso de transformación digital de la justicia

Vicente Magro Servet

Magistrado. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

Extracto

Se analizan las modificaciones que se están introduciendo en la justicia para asumir el reto de la necesaria transformación de la forma de trabajar en la Administración de justicia, que se ha visto provocada por el estado de necesidad creado a raíz de la pandemia por el coronavirus. Necesidad de dar un serio avance en la tecnopolización de la justicia, aprovechando el impulso dado por la necesidad detectada por el encierro de la población y la necesidad creada de utilizar tecnologías.

Palabras clave: Administración de justicia; transformación digital; COVID-19.

Fecha de entrada: 08-07-2020 / Fecha de aceptación: 31-07-2020

Cómo citar: Magro Servet, V. (2020). Las ventajas del proceso de transformación digital de la justicia. *Revista CEFLegal*, 235-236, 31-52.



The advantages of the digital transformation of justice process

Vicente Magro Served

Abstract

The modifications that are being introduced in the justice system to meet the challenge of the necessary transformation of the way of working in the Administration of justice and that has been caused by the state of necessity created as a result of the coronavirus pandemic are analyzed. Need to make serious progress in the technologization of justice, taking advantage of the impulse given by the need detected by the closure of the population and the need created to use technologies.

Keywords: justice administration; digital transformation; COVID-19.

Citation: Magro Served, V. (2020). Las ventajas del proceso de transformación digital de la justicia. *Revista CEFLegal*, 235-236, 31-52.





Sumario

1. Introducción
2. La apuesta por la tecnología en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril
3. La guía del Consejo General del Poder Judicial de juicios telemáticos
 - 3.1. Derechos a tener en cuenta a la hora de celebrar un juicio telemático
 - 3.2. Actuaciones internas y externas en el juicio telemático
 - 3.2.1. Actuaciones internas
 - 3.2.2. Actuaciones externas
 - 3.3. Forma de celebración de los actos telemáticos
 - 3.3.1. Celebración telemática de actos con trascendencia interna
 - 3.3.2. Celebración telemática de actos con trascendencia externa
 - 3.4. Lugar de celebración de los actos telemáticos
 - 3.5. Requisitos técnicos para la celebración de los actos telemáticos
 - 3.5.1. Requisitos técnicos
 - 3.5.2. Verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos
 - 3.5.3. Protocolos con Administraciones prestacionales y corporaciones y seguimiento de aplicación
4. Sentencia del Tribunal Supremo 331/2019, de 27 junio, rec. núm. 1376/2018 y el uso de la videoconferencia en juicios
 - 4.1. Respeto de los principios del proceso con el uso de la videoconferencia
 - 4.1.1. Inmediación
 - 4.1.2. Publicidad
 - 4.1.3. Principios de oralidad, concentración y unidad de acto
 - 4.1.4. Contradicción
5. Conclusiones



1. Introducción

El proceso de transformación digital en la Administración de justicia es una materia que hace muchos años ha estado en el objetivo de todos. Sin embargo, no ha sido más que una aspiración para buscar implantar en la justicia las tecnologías que se estaban utilizando en otras Administraciones públicas, ejemplo de lo cual es la Agencia Tributaria y la Seguridad Social, que manejan procedimientos informáticos con altísima eficacia, habiendo asumido un proceso de transformación tecnológica que ha conllevado un alta eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos en ambas Administraciones, mientras que la justicia se quedaba en una vieja aspiración, y no terminaba de conseguir una implementación rápida y adaptada a las necesidades que tenía y tiene la justicia de dar una respuesta urgente a los conflictos que los ciudadanos plantean ante los tribunales ordinarios.

Sin embargo, ha resultado curioso que haya tenido que aparecer un potente, maligno y dañino virus, que además de habernos tenido confinados durante tres meses ha provocado la creación de un absoluto estado de necesidad en los ciudadanos y en la Administración pública, para que, exigidos que por el mismo estado de necesidad, tanto los ciudadanos como la Administración hayan recurrido a la tecnología como un soporte de urgencia para permitir el trabajo a distancia y poder trabajar desde los domicilios en los que cada uno estábamos confinados.

De esta manera, a los pocos días del confinamiento se pudo detectar que la implantación de sistemas tecnológicos en los ordenadores de los domicilios de todos los ciudadanos era una constante, así como la conectividad con el centro de trabajo por medio de grandes sistemas tecnológicos, que no es que se hubieran inventado durante estos días, sino que existían ya, pero a los que no le habíamos dado ningún tipo de soporte, ni utilización para ponerlos en marcha.

Por todo ello, resulta realmente curioso que habiendo tenido la tecnología no se haya querido disponer de ella. Porque esta es la realidad. Una realidad en la que el coronavirus ha provocado que, de una forma sorprendente y rápida, los informáticos hayan permitido, de repente, utilizar un potente sistema informático que ya existía, por lo que se ha recurrido a procedimientos y sistemas que existían, pero que había una negativa, un olvido, o unas ganas de permanecer en los sistemas anticuados que teníamos para trabajar. Y ahora hemos utilizado, por ejemplo, la videoconferencia para formarnos durante el estado de alarma, cuando antes se acudía a la formación presencial, y muchos se han dado cuenta de que la formación *online* abre puertas a un mundo de practicidad y recursos extraordinarios para optimizar mejor el tiempo.

Es decir, que disponíamos de herramientas informáticas que, aunque las teníamos, no queríamos disponer de ellas, o lo hacíamos de una forma reducida. Cierto y verdad es que, también, desde que se aproximaba la finalización del estado de alarma se fueron mejorando los sistemas de instalación domiciliaria de los equipos informáticos que existían para evitar errores y defectos del sistema.

En este estado, todos aquellos que hemos aprovechado las tecnologías hemos podido seguir, no solamente manteniendo el ritmo que llevábamos antes, sino optimizarlo y potenciarlo, dado que el teletrabajo y el uso de los sistemas informáticos provoca una clara optimización de resultados sin merma alguna de la calidad de los que se obtienen.

La pregunta entonces es clara, porque nos tenemos que cuestionar por qué hemos dejado de utilizar las tecnologías al máximo nivel, y ha tenido que ser un virus el que nos haya llevado a un estado de necesidad, que nos permita plantearnos las ventajas de la tecnología en la justicia, cuando hemos llevado muchos años sin que esta fuera una necesidad o solución que urgiera adoptar.

Por otro lado, el retraso en potenciar el uso de la tecnología se ha producido, también, por los miedos al desconocimiento de cómo se podían utilizar los medios informáticos de los que sí que estaban haciendo uso otras Administraciones.

Por ello, una de las claves importantes para poder conseguir que los cambios sean una realidad es hacer perder el miedo a los cambios en la justicia por medio del uso de la tecnología y el miedo al avance, porque lo que más cuesta es trabajar sin tecnología, no con ella.

¿Se pierden garantías con la tecnología?

Por otro lado, uno de los falsos mitos que ha existido con el uso de la tecnología en la justicia ha sido que con él se perdían garantías para los ciudadanos, y esto ha sido una realidad en las quejas constantes que se han hecho desde diferentes foros en el sentido de entender que el uso de la videoconferencia, los sistemas de notificación telemáticos, los juicios telemáticos y cualquier medida innovadora tecnológica conlleva una merma de los derechos de los ciudadanos, lo cual es absolutamente incierto y alejado de la realidad.

2. La apuesta por la tecnología en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril

El Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril ha sido una medida ciertamente positiva en la apuesta por dar salida a la filosofía de fijar el punto de salida para los cambios para apostar por una justicia tecnologizada.

Pero para que la fuerza que ha cogido ahora la tecnología en la justicia no se paralice pensando que podemos volver a parar su uso cuando la pandemia acabe, debemos ser conscientes de que esta situación no ha sido si no la palanca para que pueda arrancar con fuerza su implantación en la justicia.

Así, en la exposición de motivos de la citada norma se recoge que:

a. Presencia telemática en juicios.

Se establece la celebración de actos procesales preferentemente mediante la presencia telemática de los intervinientes para garantizar la protección de la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio. No obstante, en el orden jurisdiccional penal, la celebración de juicios preferentemente mediante presencia telemática se exceptúa en los supuestos de procedimientos por delitos graves, en los que la presencia física del acusado resulta necesaria.

b. Evitación de comparecencias físicas de los ciudadanos en juzgados.

Igualmente, para atender a los mismos fines, se limita el acceso del público a todas las actuaciones orales atendiendo a las características de las salas de vistas. Se posibilita, así, el mantenimiento de las distancias de seguridad y se evitan las aglomeraciones y el trasiego de personas en las sedes judiciales cuando ello no resulte imprescindible.

c. Uso de atención telefónica o por correo electrónico.

Con la misma finalidad se establece un sistema de atención al público por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, de tal forma que se limita la atención presencial a los supuestos estrictamente necesarios y únicamente mediante cita previa.

d. Utilización de aplicaciones remotas informáticas de acceso a información.

En la disposición final primera se modifica la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, facilitando el acceso remoto a las aplicaciones utilizadas para la gestión procesal, fomentando así el teletrabajo, y se modifica el sistema de identificación y firma reconocidos,

disociando uno de otro, en los mismos términos que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, facilitar el acceso remoto a las aplicaciones utilizadas para la gestión procesal, así como el acceso de los ciudadanos y ciudadanas a los servicios electrónicos en la Administración de justicia, implicará que todos los órganos, oficinas judiciales y fiscalías se doten de los medios e instrumentos electrónicos y de los sistemas de información necesarios y suficientes para poder desarrollar su función eficientemente.

Así, señala el artículo 19 que:

1. Durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave.
3. Las deliberaciones de los tribunales tendrán lugar en régimen de presencia telemática cuando se cuente con los medios técnicos necesarios para ello.

Los órganos judiciales colegiados hemos estado deliberando durante el estado de alarma mediante videoconferencia. De suyo, el Tribunal Supremo dictó y notificó casi 800 resoluciones judiciales durante la pandemia, gracias a la videoconferencia y la firma electrónica, algo de lo que se disponía, pero que se ha empezado a utilizar debido al estado de necesidad creado por la COVID-19, pero que ha venido para quedarse, porque la intención es seguir manteniendo el sistema de deliberación *online*, que demuestra una rápida optimización de este recurso, así como la rapidez que conlleva la firma electrónica en el proceso de notificación de sentencia, huyendo del sistema de firma manual en papel, con el riesgo de siempre de poder perder el expediente de un traslado físico a otro, así como la agilidad y seguridad de trámites que siempre incorpora la firma digital.

Respecto a los juicios telemáticos se están celebrando ya en toda España, con la presencia del juez en el órgano judicial y los letrados en el lugar que elijan, pudiendo intervenir testigos o peritos accediendo con clave al juicio telemático. Respecto a juicios penales el acusado podrá desde prisión intervenir en el caso de juicios cuando la pena no sea superior a cinco años de prisión.

Al mismo tiempo, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha aprobado 60 medidas para reactivar noticias tras el estado de alarma sin tener que tocar leyes, en un amplio informe de fecha 17 de junio de 2020 en el que apuesta por el máximo aprovechamiento



de la utilización de los medios tecnológicos, por favorecer el incremento de la seguridad jurídica mediante la unificación de criterios ante la previsible litigiosidad masiva, y por la uniformidad de la respuesta judicial mediante la unificación de esos criterios por parte de audiencias provinciales, juntas de jueces, además de la ya tradicional existente unificación de criterios por parte del Tribunal Supremo.

Todo ello va dirigido a mitigar el exceso de litigiosidad y, mediante el uso de las tecnologías, optimizar la rapidez en la respuesta judicial y en la tramitación de los procedimientos.

3. La guía del Consejo General del Poder Judicial de juicios telemáticos

Por otro lado, resulta muy importante la publicación por el CGPJ de una guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas en desarrollo del Decreto-Ley 16/2020, que apuesta por la celebración de este tipo de juicios, aunque en el marco antes citado de la evitación del contagio del coronavirus, lo que no nos tiene que hacer perder el norte con respecto a que más que el objetivo de evitar el contagio, que lo es, la realidad de nuestro objetivo debe ir dirigida a implantar absolutamente el juicio telemático como una herramienta útil para usar la tecnología en la celebración de los juicios.

Tenemos que recordar al efecto, de todos modos, que el uso de la videoconferencia que permite que los programas informáticos por medio de la videoconferencia optimicen el juicio telemático fue aprobado ya por una lejana Ley 19/2003, 24 de octubre, que fue la que aprobó y reguló el uso de la videoconferencia en la justicia.

Importante también es la disposición final tercera de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, con lo cual estamos hablando de leyes de hace 17 años, la primera, y 9 años, la segunda, para que hayan sido recordadas ahora para la definitiva implantación de los juicios telemáticos en la justicia.

Y aparte, por otro lado, resulta importante darnos cuenta y concienciarnos de que no solamente se trata de apostar por la celebración de los juicios telemáticos y la implementación de la tecnología en la justicia, sino por recordar que, además de esta aspiración, es preciso que las Administraciones prestacionales en los medios materiales que tienen que suministrar la tecnología a la justicia pongan en marcha medios tecnológicos óptimos que eviten los fallos en el suministro de estos medios a los órganos judiciales, y que estos puedan disponer de una tecnología de alta calidad que evite errores y fallos que puedan desmoralizar a los que apuestan por la tecnología, y darles armas de crítica a aquellos que cuestionan que la tecnología pueda ser utilizada dentro de la justicia, alegando como arma y herramienta arrojadiza que las tecnologías fallan y retrasan los procedimientos y que no reúnen

las garantías necesarias para la justicia. Ello evidencia que las Administraciones públicas con competencias transferidas en medios materiales deben hacer un importante esfuerzo para dotar a los órganos judiciales de los medios necesarios para el buen fin de la justicia.

Pues bien, ¿qué podemos destacar de la guía del CGPJ de celebración de juicios telemáticos?

3.1. Derechos a tener en cuenta a la hora de celebrar un juicio telemático

Señala el CGPJ que la celebración de juicios que tengan lugar de manera íntegra por vía telemática determina un escenario diferente, de mayor complejidad, en cuanto que el juicio completo –con interrogatorios de parte, testigos, peritos, aportación de documentación... y público– obliga a considerar diversos aspectos y situaciones que han de tener un componente común: se han de garantizar los derechos de defensa, la integridad, validez y calidad epistémica de la prueba y la publicidad de la vista o juicio.

3.2. Actuaciones internas y externas en el juicio telemático

Señalados los anteriores aspectos, consideramos que es conveniente distinguir, en primer lugar, dos tipos de actuaciones: actuaciones internas de los órganos jurisdiccionales y actuaciones externas.

3.2.1. Actuaciones internas

Las actuaciones internas se refieren a la actividad de los tribunales en las que no participan ni ciudadanos ni operadores jurídicos. Se incluyen las deliberaciones de los tribunales, las reuniones de los órganos de gobierno, juntas de jueces, plenos no jurisdiccionales, comunicaciones que jueces y magistrados hayan de sostener con letrados de la Administración de justicia y funcionarios y actuaciones de contenido similar.

En todos estos supuestos, mientras sea necesario mantener comportamientos de distanciamiento social, cabría considerar preferente la celebración telemática.

Asimismo, e incluso una vez que se haya superado la situación que impone la necesidad de distanciamiento social, la celebración telemática cabría considerarla la forma aconsejable de llevar a cabo tales actos siempre que haya una situación de imposibilidad, dificultad o inconveniencia constatable de acudir a la sede física del órgano judicial y, en todo caso, siempre sería preferible a la opción de su aplazamiento o suspensión.

3.2.2. Actuaciones externas

Las actuaciones externas se refieren a la actividad de los tribunales en las que participan ciudadanos u operadores jurídicos. En relación con estas actuaciones, nuevamente es necesario distinguir las situaciones en las que intervienen solo operadores jurídicos –miembros del Ministerio Fiscal, abogados, procuradores y graduados sociales– respecto de aquellas otras en las que intervienen ciudadanos, bien junto con operadores jurídicos o bien sin su intervención.

3.2.2.1. Actuaciones externas con la exclusiva intervención de operadores jurídicos

Dentro de esta categoría se incluirían las audiencias previas, actos de juicio en los que no se practiquen pruebas que impliquen la intervención de personas cuya actuación haya de ser objeto de percepción directa –interrogatorios de partes, testificales, intervención de peritos–, vistas de conclusiones y otros actos procesales similares en los que solo intervengan operadores jurídicos.

Cabe considerar igualmente incluidos los actos en los que, debiendo encontrarse presentes las partes, no hayan de tener intervención alguna ante el juez o tribunal.

En todos estos supuestos, mientras sea necesario mantener comportamientos de distanciamiento social, cabría considerar preferente la celebración telemática.

Asimismo, e incluso una vez que se haya superado la situación que impone la necesidad de distanciamiento social, la celebración telemática podría considerarse la forma aconsejable de llevar a cabo tales actos siempre que haya una situación de imposibilidad, dificultad o inconveniencia constatable, y debidamente justificada, de acudir a la sede física del órgano judicial y, en todo caso, siempre sería preferible a la opción de su aplazamiento o suspensión.

Igualmente, cuando ya se haya superado la situación que impone la necesidad de distanciamiento social, la celebración telemática podría considerarse aceptable cuando por parte del órgano judicial se entienda conveniente por razones organizativas –mejor o mayor aprovechamiento de agenda o de reparto de salas disponibles para concentrar su utilización en la celebración de actos en los que la celebración telemática no sea preferente– o por razones de flexibilidad para evitar el traslado de profesionales de localidades distantes.

3.2.2.2. Actuaciones externas con intervención de ciudadanos

Dentro de esta categoría se incluiría la celebración de juicios en los que deban practicarse pruebas con intervención personal –interrogatorios de parte, testificales, intervención de peritos–, práctica de pruebas en procedimientos que no impongan la unidad de acto y otros actos procesales similares.

En estos supuestos, la preferencia telemática a la que se hace referencia en el artículo 19.1 del Real Decreto-Ley 16/2020 precisará el cumplimiento de las garantías de confidencialidad, defensa, intangibilidad de los medios de prueba y publicidad –a los que se hará referencia posteriormente– y, además, debería tener en cuenta, como guía de buenas prácticas, las pautas que se mencionan a continuación.

Cuando por razones derivadas de la situación de emergencia sanitaria se estime conveniente la celebración telemática de actos procesales, se considera que lo más adecuado sería intercalar, en la agenda del órgano jurisdiccional y en la medida de lo posible, actuaciones presenciales y telemáticas, reservando las actuaciones telemáticas a los actos procesales que se considere adecuado en atención a las circunstancias que concurren, como el número limitado de intervinientes, corta duración previsible de la vista o juicio, menor complejidad previsible de los interrogatorios o la ubicación distante de los domicilios de las personas que hubiesen de intervenir.

La afluencia numerosa de partes, testigos o peritos a un acto, de manera que la presencialidad sea la nota dominante y solo los profesionales vayan a ser los únicos que intervengan telemáticamente, será una circunstancia a tener en cuenta para valorar la oportunidad de que el acto sea realizado presencialmente en su integridad.

La decisión de celebración de un juicio de manera presencial no excluye la posibilidad de que determinadas actuaciones procesales en el contexto de ese juicio presencial se lleven a cabo de manera telemática para evitar traslados inconvenientes o para mejor aprovechamiento de los recursos públicos –declaración de peritos de organismos públicos (Instituto Nacional de Toxicología, clínicas médico-forenses), miembros de cuerpos policiales trasladados de localidad, testigos enfermos...–, como se ha venido haciendo hasta ahora en la práctica diaria de juzgados y tribunales, pero respetando las pautas establecidas en la presente guía en cuanto a la forma de celebración de esos concretos actos procesales telemáticos.

Mientras en las leyes procesales no se establezca lo contrario, se considera recomendable que las sesiones telemáticas de actos de cierta complejidad –como los actos procesales en los que intervengan otras personas diferentes de profesionales– se lleven a cabo con el consenso de las partes que han de intervenir.

A fin de evitar en la medida de lo posible interrupciones y suspensiones de actos procesales, es aconsejable que con tiempo suficiente se compruebe la efectiva posibilidad técnica de llevar a cabo los actos procesales correspondientes, verificando el funcionamiento de los equipos de todos los intervinientes y la calidad de la conexión.

También, para evitar interrupciones, se considera conveniente que en los actos procesales a celebrar de manera telemática en los que se tenga intención de presentar prueba documental, esta se facilite con antelación al juzgado o tribunal mediante un sistema



que garantice su accesibilidad a los abogados de las partes para su visionado y eventual descarga.

El volumen de documentos que se tenga previsto presentar es un factor de complejidad para valorar la oportunidad de la celebración de los juicios y vistas de manera telemática.

En todo caso, conviene exigir que los documentos se presenten debidamente ordenados y foliados, con índices hipervinculados para facilitar su utilización durante la sesión telemática.

Para el concreto caso de prueba documental, es conveniente prever la posibilidad de exhibición a los abogados de las partes previa a la decisión del juez o tribunal, para que la descarga de los documentos en sus equipos solo pueda tener lugar una vez que se ha adoptado la decisión de admitir los documentos.

Previo al inicio del acto o en el mismo momento del inicio, se considera aconsejable que el juez o presidente del tribunal imparta a las partes e intervinientes las instrucciones relativas al desarrollo de la sesión, con mención especial a la necesidad de desenvolverse con el respeto que exige el carácter institucional del acto. Una vez deje de regir la dispensa para el uso de la toga actualmente vigente, quienes participen en los actos llevados a cabo de manera telemática vestirán la toga cuando vengan obligados a ello con arreglo a la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ).

3.3. Forma de celebración de los actos telemáticos

3.3.1. Celebración telemática de actos con trascendencia interna

Cuando resulte indicada la realización telemática de actos con mera trascendencia interna, su celebración no requiere de más prevenciones que las relativas a contar con los medios que aseguren de manera razonable la confidencialidad y reserva de las actuaciones que se lleven a cabo por esta vía.

La confidencialidad y reserva se asegura mediante los requerimientos técnicos de los medios que se utilicen.

También mediante el comportamiento de los magistrados que participen en las comunicaciones, que procurarán asegurarse de que las llevan a cabo en entornos adecuados para evitar el quebrantamiento de la reserva.

Ello implica realizar las comunicaciones en estancias no compartidas con otras personas, utilizar los equipos y programas que se les proporcionen por la Administración presta-

cional y abstenerse de llevar a cabo ningún tipo de grabación de las sesiones diferente de la que lleve a cabo quien tenga competencia para ello y en los estrictos supuestos previstos en las leyes procesales.

3.3.2. Celebración telemática de actos con trascendencia externa

3.3.2.1. Confidencialidad y publicidad

Quando se decida la aplicación de medios telemáticos para la celebración de actos procesales con trascendencia externa, jueces y tribunales procurarán que quede preservada su confidencialidad, así como salvaguardadas las garantías de defensa, intangibilidad de los medios de prueba y publicidad.

a) Confidencialidad

La confidencialidad se asegura mediante los requerimientos técnicos de los medios que se utilicen. Los programas y dispositivos que se emplean deberán impedir que puedan realizarse grabaciones de los actos diferentes de las que corresponda para su documentación oficial.

También deberán permitir, en la medida de lo posible, el rastreo o trazabilidad de grabaciones diferentes a la autorizada para dejar constancia de la autenticidad e integridad de los actos.

Los profesionales que intervengan en los actos tendrán la obligación de adoptar las medidas necesarias para que su participación se desarrolle en una dependencia que asegure un entorno reservado y dotada de los medios técnicos suficientes. En la medida de lo posible, el juez o tribunal procurará verificar que se cumplen esos requerimientos antes de dar inicio al acto, suspendiéndolo en otro caso, y procurará mantener esa actitud vigilante durante todo su desarrollo.

b) Defensa

En las circunstancias excepcionales en las que el abogado y el acusado no se encuentren en la misma estancia durante la celebración de un juicio penal, el acusado, mientras no preste declaración, deberá contar con la posibilidad de mantener contacto permanente y reservado con su abogado por vía telemática.

Igualmente, cuando se den circunstancias excepcionales de alarma sanitaria que aconsejen que un detenido declare desde una dependencia policial sin que el abogado se encuentre físicamente presente, debe procurarse que se adopten las medidas oportunas

para que pueda tener lugar la entrevista reservada con el abogado, y que esa reserva es efectiva.

c) Publicidad

Cuando los actos procesales hayan de celebrarse en audiencia pública, se procurará adoptar las medidas necesarias para que la celebración telemática tenga lugar de conformidad con esa garantía procesal.

Con carácter general, cabe considerar que la forma más idónea de asegurar este principio es mediante la asistencia del público a la sala de vistas del órgano que celebre el acto u otra dependencia judicial diferenciada donde pueda observarlo en circuito cerrado, procurando adoptar las medidas necesarias para evitar grabaciones clandestinas de lo que se aprecie en los monitores. De esta manera se facilita técnicamente el principio de audiencia y se evita el uso indebido de la imagen de los testigos y demás intervinientes. Se procurará adoptar las medidas necesarias para la limitación de aforos cuando así lo exigiese la situación sanitaria y acceso de medios de comunicación acreditados con arreglo a las pautas aprobadas por el CGPJ en el Protocolo de Comunicación de la Justicia.

De no ser posible la asistencia de público en la sede del órgano que celebre el acto o en otra sede judicial desde el que pueda ser seguido, en la sede electrónica correspondiente se ubicará un «tablón de anuncios virtual» en el que constará la información indicada en el artículo 232.2 de la LOPJ relativa a la fecha y hora de celebración, tipo de actuación y número de procedimiento.

En tales casos, el programa que se utilice para la sesión telemática deberá permitir el acceso de terceros mediante clave o invitación, que se facilitará una vez que la persona interesada se acredite, física o virtualmente, ante el juzgado o tribunal.

Estas personas serán informadas de la prohibición de obtener copias de la sesión o de realizar grabaciones con dispositivos externos de la pantalla en la que visualicen la sesión telemática, y el programa informático correspondiente incorporará, hasta donde sea técnicamente posible, las medidas para impedir la grabación por los usuarios invitados o que puedan compartir vídeo, audio o cualquier otro tipo de archivo. Cuando la asistencia de público pueda producirse de manera telemática, se considera aconsejable informar a las partes del hecho de si efectivamente existe público asistiendo a la sesión.

En el caso de los procedimientos que se celebren de manera telemática en los que, por su relevancia social o mediática, el juez o tribunal autorice su retrasmisión íntegra o la captación puntual de imágenes y sonido por parte de los medios de comunicación, el material gráfico o audiovisual que se facilite a estos para su uso informativo se procurará que se atenga a la legislación de protección de datos de carácter personal y a lo establecido en el Protocolo de Comunicación de la Justicia.

3.2.2.2. Intangibilidad de los medios de prueba: intervención de partes, testigos y peritos

Se considera que lo más adecuado es que las personas diferentes de los profesionales que tengan intervención en el acto –partes, testigos, peritos– lo hagan en una dependencia judicial, ya sea la propia del órgano en el que se desarrolle el acto u otra más cercana al lugar de residencia de quien intervenga en él.

A tal efecto, sin perjuicio de la disponibilidad de las salas de vistas correspondientes, y cuando las medidas de alerta sanitaria sean más extremas, podrían habilitarse dependencias en las sedes judiciales destinadas a ser ocupadas exclusivamente por quienes hayan de prestar declaración telemática para facilitar la racionalización de la distribución de espacios y su rápida higienización después de su uso. Es conveniente la adopción de medidas, ya sean técnicas –«salas de espera virtuales»– o físicas, que impidan que testigos y peritos tengan conocimiento del desarrollo de la sesión en tanto se produce su intervención.

Para la intervención telemática de personas que se encuentren fuera de España, es aconsejable recabar el auxilio judicial internacional.

Con arreglo al artículo 19 del Real Decreto-Ley 16/2020, la declaración de los acusados por delito grave será presencial. Solo en situaciones de manifiesta imposibilidad de celebración presencial, y siempre que no resulte indicada la suspensión y aplazamiento, se considera aconsejable llevar a cabo la celebración telemática, para lo que se procurará cumplir con las exigencias de defensa y garantías procesales consideradas por la jurisprudencia.

Se considera aconsejable que el examen forense de detenidos, investigados y víctimas sea en todo caso presencial, sin perjuicio de la posibilidad de ratificación telemática del informe ante el juez o tribunal cuando ello resulte indicado.

3.4. Lugar de celebración de los actos telemáticos

Cuando resulte indicada la celebración telemática de actuaciones internas, los jueces y magistrados podrán constituirse en la sede del órgano judicial o, con carácter excepcional y de manera justificada, en cualquier otro lugar que cuente con los medios idóneos para la celebración del acto.

Cuando resulte indicada la celebración telemática de los actos procesales relativos a actuaciones externas, el juez o los miembros del tribunal se constituirán en la sede del juzgado o tribunal. En el caso de órganos colegiados, cuando las medidas sanitarias así lo impongan o aconsejen, sus miembros podrán conectarse telemáticamente desde distintas dependencias de la misma sede. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 268.2 de la LOPJ cuando resulte imposible el traslado a la sede o así lo aconse-

jen razones justificadas para la mejor administración de justicia, en cuyo caso los jueces y miembros de los tribunales podrán acceder a las sesiones telemáticas desde lugares que reúnan las condiciones adecuadas para evitar interrupciones, sin que los miembros del colegio tengan que encontrarse en la misma estancia.

Los miembros del Ministerio Fiscal, abogados, procuradores y graduados sociales podrían intervenir desde sus dependencias oficiales o despachos profesionales cuando no sea requerida su presencia física por el órgano judicial. Podrán hacerse acompañar de las partes que no hayan de intervenir en el acto o cuya intervención se limite a prestar un consentimiento o cualquier otro acto personalísimo diferente a su participación en la práctica de la prueba.

Es aconsejable que las demás personas que intervengan en los actos procesales telemáticos lo hagan desde las dependencias indicadas.

Para un mejor aprovechamiento de los recursos públicos, cabe aceptar que la intervención de peritos pertenecientes a organismos públicos y la de intérpretes en procedimientos penales que no hayan de prestar interpretación continua a una de las partes se lleve a cabo desde las dependencias oficiales y despachos profesionales, siempre que el juez o tribunal no aprecie razones para que la intervención de estas personas sea presencial.

3.5. Requisitos técnicos para la celebración de los actos telemáticos

3.5.1. Requisitos técnicos

Los requisitos técnicos aconsejables y, en todo caso, necesarios en los términos del artículo 230 de la LOPJ son los que se desprenden del anexo I que se incorpora a la guía.

3.5.2. Verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos

Los servicios técnicos del CGPJ verificarán con los servicios técnicos de las Administraciones prestacionales que los medios puestos a disposición de los juzgados y tribunales cumplen con los requerimientos técnicos indicados en el anexo de la guía.

Cuando el resultado de la verificación sea positivo, se comunicará a la Comisión Permanente del CGPJ para su toma de conocimiento.

Cuando el resultado de la verificación sea negativo, se comunicará igualmente a la Comisión Permanente del CGPJ a los efectos de que valore la oportunidad, de conformidad

con el artículo 230 de la LOPJ, de adoptar acuerdo relativo a la no obligatoriedad de la utilización de los medios telemáticos puestos a disposición y, en función de las circunstancias que concurran y las recomendaciones de los servicios técnicos, determinar su no utilización cuando se comprometan los principios básicos relativos a la confidencialidad o publicidad, según proceda, o la integridad y validez de la prueba y los derechos de defensa de los participantes en los procesos.

Las salas de gobierno mantendrán permanente informados a los servicios técnicos del CGPJ de las incidencias que se produzcan a los efectos prevenidos en el párrafo anterior.

3.5.3. Protocolos con Administraciones prestacionales y corporaciones y seguimiento de aplicación

Es conveniente que, en los distintos territorios y dentro de las pautas establecidas en la esta guía, las salas de gobierno establezcan los protocolos correspondientes con las Administraciones prestacionales, fiscalías y corporaciones profesionales afectadas para adaptar su aplicación a las peculiaridades que puedan concurrir en el territorio.

Los protocolos que se aprueben por las salas de gobierno serán remitidos a la Comisión Permanente para su toma de conocimiento y, en su caso, control de legalidad.

La Comisión Permanente del CGPJ llevará a cabo un seguimiento de la aplicación de la guía y de los protocolos correspondientes, estableciendo al efecto los canales de comunicación adecuados. Con la periodicidad que en cada momento se estime adecuada, revisará el contenido de la presente guía y hará las indicaciones que sean necesarias para la adaptación de los protocolos, teniendo en cuenta los problemas detectados en la aplicación de unos y otros y las experiencias, tanto nacionales como internacionales, que se vayan generando. A tal efecto, constituirá un grupo de trabajo permanente con los vocales que estime necesario, que asumirá las funciones de seguimiento, evaluación y propuesta de modificación

4. Sentencia del Tribunal Supremo 331/2019, de 27 junio, rec. núm. 1376/2018 y el uso de la videoconferencia en juicios

Cuando ahora se están poniendo sobre la mesa todos estos instrumentos legales para facilitar el uso de las tecnologías en la justicia, y, entre ellos, y destacado, el uso de la videoconferencia, hay que recordar que justo el año pasado el Tribunal Supremo, por medio de su Sala de lo Penal ya destacó la necesidad de usar la videoconferencia y aseguró la validez y eficacia de la declaración testifical por videoconferencia al respetarse todas las garantías de oralidad y contradicción.

Desarrolla con interés el Tribunal Supremo este tema en varios apartados que es preciso desglosar para apuntar ya hace un año la validez de la videoconferencia en juicios y necesidad de su uso, ya que:

Se alegaba la no validez de la declaración de un testigo que declaró por videoconferencia como prueba preconstituida. Viabilidad por el uso del artículo 731 bis de la LECRIM y artículo 229.3 de la LOPJ.

La mención acerca de si un testigo no declaró en la fase de instrucción y lo hace en el plenario no tiene la pretendida vulneración de derechos fundamentales, ni tampoco que un testigo declare como prueba preconstituida y que, luego, pueda declarar por el sistema de videoconferencia el día del juicio oral, si por razón de su residencia le es complicado el desplazamiento y se puede recurrir al sistema previsto en el art. 731 bis LECRIM, que señala que:

El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 LOPJ.

Además, la Ley 13/2003, de 24 de octubre, que es la que introdujo la videoconferencia en los juicios orales, añadió en el apartado 2.º del artículo 229 de la LOPJ que:

2. Las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley.

Y en el apartado 3.º que:

Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o Tribunal.

En estos casos, el secretario judicial del juzgado o Tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o exhibi-

ción directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.

Artículo 777.2 de la LECRIM y el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 e Instrucción 3/2002 de la Fiscalía General del Estado.

Debemos recordar que el artículo 777.2 de la LECRIM señala que:

2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

El uso de la videoconferencia permite la total conexión en los puntos de origen y destino como si estuvieran presentes en el mismo lugar, con lo que se da cumplimiento a la premisa de que se celebre la actuación judicial en unidad de acto. No se vulnera ningún principio procesal al poder dirigir las partes a los testigos las preguntas que sean declaradas pertinentes con contradicción y sin que pueda existir indefensión ni vulneración de la tutela judicial efectiva.

Además, el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, cuya ratificación ha sido autorizada mediante Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre (BOE de 5 de octubre) incorpora entre sus previsiones algunos preceptos que abren la puerta a la práctica de actos procesales conforme a las nuevas tecnologías. Del mismo modo, ya lo avalaron el Convenio de la Unión Europea relativo a la asistencia judicial en materia penal celebrado por Acto del Consejo de 29 de mayo de 2000, o la Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal.

Y que ya antes de la Ley 13/2003, a mayor abundamiento, no podemos olvidar que la Instrucción 3/2002 de la Fiscalía General del Estado vino a señalar sobre esta cuestión que:

La propia Instrucción 1/2002 cita diversos preceptos legales en los que se contempla la posibilidad del uso de las nuevas tecnologías en el proceso. De entre ellos debe destacarse el art. 230.1 LOPJ, con arreglo al cual «... los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación», añadiendo que «la exigencia de una razón que justifique la opción por el empleo de medios telemáticos se halla presente con mayor claridad en algunos ejemplos de derecho comparado. Así, por ejemplo, en el caso de Italia, la ley núm. 11, de 7 de enero de 1998, condiciona el empleo de medios técnicos que garanticen la audición a distancia, tanto a un listado predefinido de infracciones, como a la peligrosidad que se derive de la gravedad de los delitos imputados (art. 146 bis). Más recientemente la

ley francesa de 15 de noviembre de 2001 ha llevado a cabo una modificación del Code de Procédure Pénal, aceptando la utilización de videoconferencia siempre que "... les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient..." (art. 706-71).

Pero si en el día del juicio puede declarar por videoconferencia es preferible esta opción si la tecnología permite esa presencia por videoconferencia del testigo el día del plenario, ya que no existe vulneración procedimental por este uso de la videoconferencia que supone la presencia física del testigo en el plenario, concurriendo, pues, la intermediación de la práctica de la prueba en el plenario con la «concentración» de la misma en el juicio oral, y es lo que ha permitido al tribunal formar su criterio y convicción acerca de la credibilidad de los testigos y la comparación de las pruebas. Pero no puede achacarse a la no práctica de diligencias instructoras vulneración alguna por tener la fase de instrucción una finalidad propia y específica que no puede ser ensanchada por el recurrente más allá de lo que constituye su verdadera y propia naturaleza.

Hay que recordar, también, que, como señala la doctrina, la videoconferencia no es más que un instrumento técnico que permite que la prueba acceda al proceso, una modalidad de práctica de la prueba, de modo que será el medio de prueba de que se trate, y de acuerdo con sus propias reglas, el que deberá ser analizado en cuanto a las garantías que deben concurrir en su práctica. Y puede asegurarse que la utilización de la videoconferencia y de los demás medios técnicos que establece el artículo 230 de la LOPJ no es una posibilidad facultativa o discrecional a disposición del juez o tribunal, sino un medio exigible ante el tribunal y constitucionalmente digno de protección.

4.1. Respeto de los principios del proceso con el uso de la videoconferencia

Además, incide la doctrina que, dentro del proceso penal, se cumplen los principios del proceso, a saber:

4.1.1. Intermediación

En cuanto a la fase de instrucción, la utilización de la videoconferencia, lejos de suponer un obstáculo para la intermediación, permite un mejor cumplimiento de este principio, en cuanto posibilita que el juez o tribunal que conoce del asunto presencie directamente la práctica de la prueba, en los casos de auxilio judicial, tanto nacional como internacional (incluso, en este último caso, posibilitando la directa aplicación de la legislación nacional en la práctica de la diligencia de que se trate).

En relación con el juicio oral, el asunto es aún más sencillo en cuanto, en realidad, se produce una equiparación jurídica de la presencia física con la presencia virtual.

4.1.2. Publicidad

No existe la más mínima afectación. Más bien pueden mejorar las condiciones de publicidad de las actuaciones judiciales, en cuanto las nuevas tecnologías garantizan la «asistencia» a las actuaciones judiciales de un número mayor de personas y permite seguimiento especializado (prensa) en mejores condiciones.

4.1.3. Principios de oralidad, concentración y unidad de acto

No existe la más mínima afectación en cuanto, como anteriormente se ha indicado, existe una equiparación jurídica entre la presencia física y la virtual.

4.1.4. Contradicción

El principio de contradicción está asegurado en cuanto que las posibilidades de interrogatorio y contrainterrogatorio son exactamente iguales para las partes con la presencia física del acusado o del testigo que con la virtual.

Es cierto que colocar al testigo inmerso en la parafernalia formal de la justicia, en cuanto aumenta la tensión o presión ambiental, es un método para asegurar que se aproxima más a la veerdad en su declaración, mientras que en un lugar remoto podría hacerle disminuir la importancia de la situación, o hacerle sentir más seguro.

Pero también puede argumentarse justamente lo contrario: muchas veces los medios electrónicos pueden revelar más acerca de la credibilidad y honestidad de un testigo que lo que puede descifrarse físicamente y en directo (puede visualizarse varias veces el testimonio, desde diferentes ángulos, puede aumentarse la imagen, etc.).

Esta Sala del Tribunal Supremo ha venido avalando con reiteración esta opción del uso de la videoconferencia en el plenario, desde la aprobación de la Ley 13/2003, con testigos y peritos (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, sentencias de 5 de enero y de 27 febrero de 2007). Incluso, como apunta la STS 1215/2006, de 4 de diciembre, «para que la víctima o testigo pueda declarar por videoconferencia no es preciso que se le haya otorgado el estatuto de "testigo protegido"».

Con ello, vemos que aunque desde algunos sectores críticos se pueda dudar de la legalidad de la videoconferencia, se ha recordado que se respetan los principios del proceso, como se ha apuntado en la guía de juicios telemáticos, y lo único que habrá que observar es que las Administraciones prestacionales pongan los medios necesarios para que no existan fallos técnicos que eviten que se suspenda el juicio por fallos de conexión.

Así pues, la eficacia del uso de la videoconferencia en los juicios telemáticos debe ir asociado a que estos sean los mejores, o, en su caso, que sean los apropiados para que se pueda dar un servicio de calidad, dado que en la Administración de justicia debe quedar claro que no puede seguir siendo «la hermana pobre» en el conjunto de las Administraciones, y las herramientas que se utilicen deben ser las apropiadas. Más aún, en un momento en el que tras la COVID-19, las empresas de tecnología han dado un gran paso al frente al percibir la fuerte demanda de estos instrumentos, tanto a nivel privado como en la Administración.

5. Conclusiones

1. Hay que aprovechar el «tirón» creado por el estado de necesidad provocado por la COVID-19 para potenciar el uso de las tecnologías en la justicia.
2. Deliberaciones *online* en los órganos colegiados con firma electrónica para potenciar la inmediata notificación de sentencia en estos.
3. La definitiva implantación del expediente digital para su consulta por las partes con acceso «clave» y por el juez o tribunal colegiado desde cualquier punto.
4. Uso de la videoconferencia y juicios telemáticos por regla general, siendo la presencia física la excepción.
5. Potenciación de las pruebas preconstituidas grabadas con víctimas con declaración *online* y reproducción en juicio oral para evitar la victimización secundaria
6. Potenciación del teletrabajo de funcionarios con fijación previa de resultados y sistema de incentivos económicos en la medida que se incrementa el rendimiento.
7. Dotación de buenos equipos y herramientas informáticas para evitar fallos del sistema y que la tecnología no falle en su uso.
8. Elaboración de guías de buenas prácticas para el manejo de la tecnología en la justicia.
9. Introducción de las notificaciones electrónicas a los ciudadanos para evitar los retrasos en las notificaciones en el procedimiento judicial por no localización de los interesados, cuando todo ciudadano debería disponer de una clave de comunicación informática con la Administración pública.
10. No es un «sin sentido» potenciar la tecnología en la justicia, lo que sí que lo supone es que hayamos tardado tanto en darnos cuenta de lo necesario que es.



Tratamiento ilícito internacional de datos personales, Reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable

Alfonso Ortega Giménez

Profesor contratado doctor (acreditado a profesor titular)

de Derecho Internacional Privado.

Universidad Miguel Hernández de Elche

Extracto

El flujo internacional de datos personales constituye un sector económico creciente que va adquiriendo gran fuerza comercial para las empresas; frente a la obtención o tratamiento ilícito de la información de naturaleza personal se debe proporcionar a su titular mecanismos de defensa adecuados y efectivos. En este contexto el Reglamento general de protección de datos de la UE ha traído consigo nuevas reglas de competencia judicial internacional, donde el sujeto puede solicitar las correspondientes acciones contra un responsable o encargado de tratamiento de datos ante los tribunales del Estado en el que el responsable tenga un establecimiento, o ante los tribunales del Estado donde el interesado tenga su residencia habitual. La primacía de la legislación de protección de datos se manifiesta en una limitada autonomía de la ley aplicable en una cláusula contractual, cuyas cláusulas pueden estar sujetas a las leyes de otro Estado según el Reglamento Roma I.

Palabras clave: protección de datos; competencia judicial internacional; ley aplicable; responsabilidad extracontractual.

Fecha de entrada: 06-07-2020 / Fecha de aceptación: 28-07-2020

Cómo citar: Ortega Giménez, A. (2020). Tratamiento ilícito internacional de datos personales, Reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable. *Revista CEFLegal*, 235-236, 53-80.



International illicit treatment of personal data, general regulation of data protection of the EU and international private law: international jurisdiction and determination of applicable law

Alfonso Ortega Giménez

Abstract

The international flow of personal data constitutes a growing economic sector that is acquiring great commercial force for companies, in the face of obtaining or illicit processing of personal information, adequate and effective defence mechanisms must be provided to the owner. In this context, the General Regulation of Data Protection of the EU has brought with it new rules of international judicial jurisdiction where the subject can request the corresponding actions against a person in charge of data processing before the courts of the state in which the person in charge has an establishment, or before the courts of the state where the interested party has his habitual residence. The primacy of data protection legislation is manifested in a limited autonomy of the law applicable in a contractual clause, whose clauses may be subject to the laws of another state under the Rome I Regulation.

Keywords: data protection; international jurisdiction; applicable law; non-contractual liability.

Citation: Ortega Giménez, A. (2020). Tratamiento ilícito internacional de datos personales, Reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable. *Revista CEFLegal*, 235-236, 53-80.



Sumario

1. Planteamiento
 2. Resolución judicial internacional de controversias y Reglamento general de protección de datos
 - 2.1. El derecho a la indemnización por un tratamiento ilícito de datos personales
 - 2.2. Tratamiento ilícito internacional de datos personales: competencia judicial internacional
 - 2.2.1. En los tribunales del Estado en el que el responsable tenga un establecimiento
 - 2.2.2. En los tribunales del Estado donde el interesado tenga su residencia habitual
 3. Determinación de la ley aplicable y el Reglamento general de protección de datos
 - 3.1. Ley del establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la Unión Europea
 - 3.2. Ley aplicable a responsables o encargados no establecidos en la Unión Europea
 - 3.3. Tutela judicial civil contra responsables o encargados
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Planteamiento

El flujo internacional de datos personales no solo constituye una industria auxiliar respecto de empresas, entidades o personas que se dedican a realizar o utilizar las transferencias bancarias, las reservas de pasajes aéreos o el auxilio judicial internacional, sino que se constituye en un sector económico creciente que va adquiriendo gran fuerza comercial para las empresas.

Frente a la obtención o tratamiento ilícito de la información de naturaleza personal se debe proporcionar a su titular mecanismos de defensa adecuados y efectivos. Esto se logra mediante un juego contrapuesto de atribución de derechos para el titular de los datos y de imposición de obligaciones para aquellos que captan o procesan los mismos o ejercen un control sobre dicho tratamiento de datos. La búsqueda de soluciones equidistantes en la satisfacción de los intereses legítimos implicados en las transferencias internacionales de datos no es fácil. En especial, debido a las diferencias palmarias existentes en el panorama comparado entre los distintos niveles de protección de los derechos y libertades de las personas y su intimidad. Mientras eso llega, los sistemas nacionales de derecho internacional privado se han convertido en el último refugio del titular de datos de naturaleza personal, enfrentado a una violación de sus derechos.

Ahora bien, la intervención del derecho internacional privado (Carrascosa González, 1992, pp. 417-418) no debe ser una intervención cualquiera, sino que debe buscar la tutela adecuada, equilibrada y eficaz del perjudicado por un tratamiento ilícito de sus datos de carácter personal, sobre todo en un contexto en el que las empresas dedicadas al tratamiento de datos personales pueden deslocalizar interesadamente (= *forum shopping*) su establecimiento principal en los Estados miembros que apliquen la normativa vigente en materia de protección de datos de una forma permisiva, o cuyas autoridades de control, por sus competencias, estructura y recursos, estén en peores condiciones para garantizar eficazmente

el cumplimiento de la normativa (= 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 –en lo sucesivo, RGPD–])¹ 2.

Efectivamente, la entrada en vigor del RGPD supone una armonización y unidad de criterio en cuanto a la aplicación (homogénea y coherente) y garantía del derecho fundamental a la protección de datos. El RGPD contribuye a la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia, haciendo que «el tratamiento de los datos personales esté concebido para servir a la humanidad, esto es, al bienestar de las personas físicas»³.

Si bien es cierto que el RGPD es complejo, burocrático y, en muchos aspectos, hasta confuso y de difícil comprensión y contradictorio (porque no es un texto cerrado, sino una regulación que se remite a un haz de leyes de los Estados miembros), cumple su cometido: da respuesta a las deficiencias de la vieja Directiva 95/46/CE (como, p. ej., la existencia de importantes diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros y la necesidad de aumentar los esfuerzos para sancionar a aquellos que incumplían la normativa en protección de datos personales), construyendo un nuevo modelo europeo de protección de datos, situando a la persona en el centro de su actuación y convirtiendo la protección de su privacidad en una prioridad para los poderes públicos; y que por su configuración extraterritorial debe, a través de un sistema de cooperación y coherencia, cohabitar con otros reglamentos comunitarios (como, p. ej., como veremos, con el Reglamento Bruselas I bis)⁴.

En la medida en que las acciones objeto del artículo 82 del RGPD tienen un carácter «civil-mercantil», que a su vez se encuadran dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.1 del Reglamento Bruselas I bis, y cuya materia no está en los supuestos de exclusión del artículo 1.2, debemos preguntarnos: ¿cuál es la relación existente entre ambos instrumentos normativos en lo que a la competencia judicial internacional se refiere?

El RGPD ha transformado el sistema de derecho internacional privado para adaptarlo a las disputas globales y multijurisdiccionales que genera la protección de datos (Kuner, 2017, p. 20).

¹ DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

² *Vid.*, en sentido amplio, López Calvo (2017).

³ *Vid.*, en sentido amplio, López Calvo (2018).

⁴ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351/1 de 20 de diciembre de 2012).

En el presente trabajo, se tratará la reclamación de los afectados debido al uso ilícito de los datos personales tratados desde la perspectiva del derecho internacional privado, explicando el nuevo derecho a la indemnización que establece el RGPD, y abordando las cuestiones sobre la determinación de la competencia judicial internacional por el nuevo régimen de compatibilidad entre el Reglamento Bruselas I bis y el RGPD. Una vez determinado la competencia judicial internacional, procederemos a analizar la determinación de la ley aplicable a este tipo de casos.

2. Resolución judicial internacional de controversias y Reglamento general de protección de datos

2.1. El derecho a la indemnización por un tratamiento ilícito de datos personales

El artículo 82 del RGPD (ex artículo 23 de la Directiva 95/46/CE)⁵ regula el derecho a indemnización de las personas físicas por los daños producidos por un tratamiento ilícito de sus datos personales⁶. El reglamento refuerza el artículo 82 con el artículo 83 relativo a las condiciones generales para la imposición de multas y con el artículo 84 de las sanciones, que se pueden imponer al encargado del tratamiento de datos que infrinja lo dispuesto en el RGPD y demás posibles responsables.

Como podemos observar, el artículo 82, en su apartado primero, es muy claro al establecer que la indemnización comprende los «daños y perjuicios materiales o inmateriales» de la persona afectada, por lo tanto, cuando el precepto dice «daños y perjuicios», no debemos hacer una interpretación restrictiva del mismo.

Además, para que se produzca la indemnización, uno de los elementos importantes es que el daño producido sea real y efectivo, que sea evaluable económicamente e individualizable, con relación a una persona o grupo de personal, al igual que sucede en el derecho interno (= artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico

⁵ A diferencia del artículo 23 de la Directiva 95/46/CE que contenía un mandato a los legisladores nacionales para que regulasen el derecho a una indemnización de aquellos perjudicados con un tratamiento ilícito de sus datos personales, el artículo 82 del RGPD, que introduce el citado derecho de las personas físicas, es de carácter uniforme y de obligatorio cumplimiento por los Estados miembros, con las necesarias adaptaciones a los sistemas de responsabilidad civil o patrimonial de cada uno de ellos. *Vid.* Nieto Garrido (2016) y Brito Izquierdo (2018).

⁶ *Vid.*, en particular, Gonzalo Doménech (2018).

co del Sector Público)⁷. Por tanto, el RGPD establece una reparación integral de la persona perjudicada que cubra no solo los daños físicos y patrimoniales, sino también los daños morales⁸.

Dicha indemnización puede derivar tanto de una responsabilidad contractual como de una responsabilidad extracontractual. De los actos que realiza el responsable del tratamiento de datos no hace una mención específica, aunque en el apartado segundo del artículo observamos que la responsabilidad se puede derivar tanto de una acción u omisión, es decir, si el responsable del tratamiento deja de hacer algo que le era de obligado cumplimiento, esa omisión es generadora de responsabilidad.

Se trata de una responsabilidad por daños, con fines resarcitorios, que no deriva de un incumplimiento contractual y que, por tanto, no pretende resarcir dicho incumplimiento, sino la lesión de un derecho fundamental.

Otro dato que denota la amplia protección del RGPD es la responsabilidad solidaria que establece el apartado cuarto, el cual señala que «cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado». Apuntar que la responsabilidad solidaria no es absoluta, sino que, si se demuestra que alguno de los encargados del tratamiento de los datos no ha sido responsable del daño producido, podrá repetir la cantidad a la que hizo frente en concepto de indemnización a los responsables, e incluso si, aun teniendo responsabilidad satisface la indemnización completa, también podrá exigir el abono de la parte que correspondería a cada uno de los responsables (= apartado quinto del artículo 82 del RGPD).

Es el apartado 6 del artículo 82 del RGPD el que establece dónde debe dirigirse el perjudicado para presentar su reclamación de responsabilidad patrimonial, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 79.2 del RGPD (= opción del perjudicado de presentar su reclamación no solo ante los tribunales de los Estados miembros donde el responsable o encargado tenga su establecimiento, sino, además, permitir que la acción de reclamación se presente ante los tribunales competentes del Estado miembro donde el perjudicado tenga su domicilio). Se trata, sin duda, de un gran avance en la tutela del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal que elimina el obstáculo que suponía para la efectividad del derecho a una indemnización el tener que acudir a reclamar la misma a otro Estado miembro, distinto de aquel donde el perjudicado tuviese su domicilio, porque el responsable o el encargado tenía allí su establecimiento.

⁷ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁸ El concepto de «daños y perjuicios» debe interpretarse en un sentido amplio, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos del RGPD (= considerando 146 el RGPD).

2.2. Tratamiento ilícito internacional de datos personales: competencia judicial internacional

La compatibilidad entre los foros del artículo 79.2 y los del Reglamento Bruselas I bis deriva del artículo 67 de este último reglamento al estipular que no prejuzgará la aplicación de las disposiciones contenidas en instrumentos particulares. Por su parte, el considerando 147 del RGPD afirma que las normas generales de competencia judicial del Reglamento Bruselas I bis «deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas del RGPD». El considerando 145 estipula que el demandante «deberá tener la opción» de ejercitar las acciones en los tribunales de los Estados miembros.

El RGPD pone a disposición de los afectados la posibilidad de que puedan utilizar los foros de competencia del artículo 79.2 en contra del inciso imperativo que recoge ese mismo párrafo. Por tanto, cabe afirmar que los foros recogidos en el RGPD son complementarios a los recogidos por el Reglamento Bruselas I bis (Albrecht y Jotzo, 2017, pp 127-128)⁹. Estos foros de competencia judicial internacional serían¹⁰: a) el principio de autonomía de la voluntad, y b) los foros concurrentes.

Vista esta disposición de foros otorgados por diferentes instrumentos normativos, quizás sería más apropiado regular las reglas de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis en vez de en el propio RGPD para evitar así esta complicada compatibilidad de foros disponibles establecida tanto por el Reglamento Bruselas I bis como por el RGPD, y los problemas de litispendencia y conexidad del artículo 81 del RGPD para, a su vez, mantener coherencia entre ambos reglamentos (Brkan, 2015b, p. 275 y Hein, 2016, p. 24).

Debemos destacar que podemos encontrarnos, además de los supuestos del artículo 79 del RGPD y los propios del Reglamento Bruselas I bis, que tal perjuicio se materialice en el marco de una relación contractual, por lo que debemos atenernos a los foros concretos en materia contractual del Reglamento Bruselas I bis (competencia especial en materia contractual del artículo 7.1); foros especiales de protección en materia de seguros de los artículos 10-16; foros especiales de protección en materia de contratos celebrados por los consumidores de los artículos 17-19, y foros especiales de protección en materia de contratos individuales de trabajo de los artículos 20-23), y que pueden actuar con una doble función: por un lado, con el fin de establecer un foro de protección especial para la parte que ha sufrido el daño y perjuicio, que en casos en los que una parte de una relación con-

⁹ Aunque se ha entendido que los fueros del RGPD plantean conflictos con las competencias exclusivas del Reglamento Bruselas I bis. *Cfr.* Brkan (2015a, 23).

¹⁰ *Vid.*, en sentido amplio, Miguel Asensio (2017), García Romero (2016), Orejudo Prieto de los Mozos (2013) y Sancho Villa (2010); y, en particular, Gonzalo Doménech (2018).

tractual es la parte débil, como en los contratos de seguro o celebrados por los consumidores; y por el otro, para suplir la ausencia de unos foros especiales para los responsables del tratamiento cuando estos pretendan ejercitar alguna acción contra los afectados.

Concretando más en el fuero del establecimiento del responsable, el artículo 79.2 indica que el sujeto puede solicitar las correspondientes acciones contra un responsable o encargado en:

- Los tribunales del Estado en el que el responsable tenga un establecimiento, o
- Los tribunales del Estado donde el interesado tenga su residencia habitual.
- Si fuera contra una autoridad de control, se efectuará ante los tribunales del Estado donde ejercite sus poderes públicos.

2.2.1. En los tribunales del Estado en el que el responsable tenga un establecimiento

En virtud del primer foro, se podrá demandar en cualquier Estado donde el responsable tenga un establecimiento dentro de la UE, no teniendo que acudir al establecimiento principal.

Debe tenerse un concepto flexible de «establecimiento»; tal y como se indica en la STJUE *Weltimmo* debe extenderse «a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable»¹¹. Para ello, debe valorarse también el «grado de estabilidad de la instalación como la efectividad del desarrollo de las actividades, la naturaleza específica de las actividades económicas y de las prestaciones de servicios en cuestión». En la STJUE *Amazon EU Sari* se considera posible considerar la existencia de un establecimiento en un Estado miembro cuando no exista ni una filial o sucursal, siendo necesario valorar el grado de estabilidad de la instalación y la efectividad del desarrollo de las actividades en ese Estado¹², siendo posible considerar como «establecimiento» un representante de la sociedad si actúa con un grado de estabilidad suficiente¹³.

De esta consideración se desprende que cualquier establecimiento del encargado o del responsable permite atribuir la competencia a los tribunales del Estado miembro en el que esté sito. Tampoco será necesario que la acción esté dirigida a las actividades de ese concreto establecimiento, sino que la existencia de cualquier establecimiento extiende el daño causado.

¹¹ Vid. apartados 31 de la STJUE *Weltimmo* y 75 de la STJUE *Amazon EU Sari*.

¹² Vid. apartados 76 y 77.

¹³ Vid. apartado 30 de la STJUE *Weltimmo*.

2.2.2. En los tribunales del Estado donde el interesado tenga su residencia habitual

El foro alternativo que prevé el RGPD permite a los afectados demandar en los tribunales del Estado donde tengan su residencia habitual. Para su consideración, será necesario que el afectado tenga un grado de permanencia que revele una situación de estabilidad¹⁴.

La residencia habitual no es un concepto sinónimo al de «centro de intereses de la víctima» que promulga la STJUE *eDate Advertising*¹⁵ que, aunque en principio suele coincidir con la «residencia habitual», podemos encontrarlo en otro Estado cuando exista un vínculo particularmente estrecho con ese otro Estado que resulte de otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional. La consideración de este foro de competencia no parece ser la más adecuada para determinar el tribunal que debe conocer de la pretensión, puesto que no exige que exista una vinculación entre el centro de intereses y el lugar donde efectivamente se produce el daño (Orejudo Prieto de los Mozos, 2013, p. 23). Por lo que se puede dar el caso, por ejemplo, de que una persona conocida en Islandia que resida en España sin que sea conocido, sufra una difamación en España utilizando para ello la lengua islandesa. En este supuesto, el nacional islandés podrá demandar ante los tribunales españoles, aunque no se haya producido efectivamente el daño¹⁶. En el caso de que el centro de intereses del afectado no se encuentre en el Estado de residencia, sino en el Estado con vínculos profesionales (volviendo al ejemplo anterior, supongamos que este nacional trabaja como tertuliano en una televisión española, y sufre una difamación que atenta contra sus derechos a la personalidad, pero tal publicación está escrita en islandés, por lo que no tiene efecto «real» en España), en este sentido, creemos que hubiera sido mejor el criterio del Abogado General del asunto estudiado, el cual proponía como criterio para determinar la competencia –el cual rechazó seguir el TJUE– el «centro de gravedad del conflicto»¹⁷.

¹⁴ Vid. STJUE 22 de diciembre de 2010, C-497/10, *Mercredi* (NCJ053874).

¹⁵ Vid. STJUE C-509/09 y C-161/10 *eDate Advertising* (NCJ055716).

¹⁶ Sentencia del Tribunal Federal Supremo alemán (Bundesgerichtshof) *BGH NJW* 2011.

¹⁷ El criterio del «centro de gravedad del conflicto» no es un descubrimiento reciente. Los tribunales estadounidenses, por ejemplo, aplican un análisis de intereses al determinar la ley aplicable que también se denomina enfoque de «contactos más significativos» o «centro de gravedad» (p. ej. *Tooker v. López*, 24 N.Y.2d 569, 301 N.Y.S.2d 519, 249 N.E.2d 394 [1969], o *Neumeier v. Kuehner*, 31 N.Y.2d 121, 335 [1972]). Esto incluye, junto con consideraciones tradicionales como el lugar de contratación, lugar de ejecución o lugar del hecho dañoso, la consideración de qué jurisdicción mantiene la relación más significativa o los contactos con el objeto de la controversia. Estos principios están recogidos en la Section 145 of the Restatement (Second), Conflict of Laws, aprobado por el American Law Institute en 1971. El artículo 145 (1) establece que «los derechos y responsabilidades de las partes con respecto a una cuestión extracontractual son determinados por la ley del Estado que, con respecto a esa cuestión, tenga la relación más significativa con el hecho y las partes». El párrafo 2 identifica entonces los contactos que deben tenerse en cuenta en un caso de responsabilidad civil para determinar la ley aplicable a una cuestión como (a) el

Este criterio bebe del asimilado por el TJUE, que lo consagra como el lugar donde el afectado «desarrolla esencialmente su proyecto vital» (59 de las conclusiones), pero que tiene en cuenta dos criterios más:

1. El contenido de la información, esto es, si la información tiene interés en el territorio, y
2. La conexión que pueda tener con el territorio, a la luz de indicios que derivan de la propia web, tales como el nombre de dominio de primer nivel, el idioma empleado, la publicidad que esta contenga o las palabras clave que se han suministrado a motores de búsqueda para identificar la página, o incluso de indicios exteriores, tales como los registros de la página.

La compatibilidad entre los foros del artículo 79.2 y los del Reglamento Bruselas I bis deriva del artículo 67 de este último reglamento, al estipular que no prejuzgará la aplicación de las disposiciones contenidas en instrumentos particulares, como es el caso del artículo 79.2 del RGPD. En cuanto a los argumentos presentados por el RGPD, encontramos el considerando 147, que afirma que las normas generales de competencia judicial del Reglamento Bruselas I bis «deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas del RGPD». El considerando 145 estipula que el demandante «deberá tener la opción» de ejercitar las acciones en los tribunales de los Estados miembros.

Observando lo anterior, revela que el RGPD pone a disposición de los afectados la posibilidad de poder utilizar los foros de competencia del artículo 79.2, en contra del inciso imperativo que recoge ese mismo párrafo. Por lo tanto, cabe afirmar que los foros recogidos en el RGPD son complementarios a los recogidos por el Reglamento Bruselas I bis (Albrecht y Jotzo, 2017, pp 127-128)¹⁸.

La multiplicación de los tribunales estatales competentes en supuestos conectados con multitud de países quiebra la tan necesitada seguridad jurídica en el tráfico privado internacional y provoca que pueda estimarse que los efectos lesivos de un acto ilícito se puedan manifestar en todos los países del mundo desde donde fuera accesible la información lesiva (los datos de carácter personal del afectado). La pluralidad de foros de competencia que ofrecen los diferentes regímenes de competencia judicial internacional propicia la utilización del denominado *forum shopping* por parte del sujeto afectado, quien podrá optar

lugar donde ocurrió la lesión, (b) el lugar donde ocurrió la conducta que causó la lesión, (c) el domicilio, residencia, etc. de las partes en la acción y (d) el lugar donde se centra la relación, si la hay, entre las partes; estos contactos deben evaluarse en función de su importancia relativa con respecto al asunto en cuestión. (Oster, 2012, p. 120).

¹⁸ Aunque se ha entendido que los fueros del RGPD plantean conflictos con las competencias exclusivas del Reglamento Bruselas I bis. *Cfr.* Brkan (2015a, p. 23).

por plantear la demanda de responsabilidad extracontractual ante aquellos tribunales cuyas normas de conflicto designen como aplicable una ley que prevea un régimen de responsabilidad extracontractual más favorable para sus propios intereses.

Las vigentes normas de competencia judicial internacional, elaboradas en los distintos niveles normativos (institucional, convencional y autónomo), no solo son claramente inadecuadas para proteger a la víctima de un tratamiento ilícito internacional de sus datos, sino que pueden incluso conducir a resultados contraproducentes. En primer lugar, el recurso a la autonomía de la voluntad resulta peligroso ante una situación de desequilibrio entre las partes, tal y como se pone de manifiesto en la existencia de foros de protección (contratos individuales de trabajo, contratos de seguro y contratos celebrados por consumidores) en los diferentes sistemas de derecho internacional privado comparado. La posibilidad de que se produzca un supuesto de sumisión tácita es difícilmente verificable en la práctica: primero, porque el damnificado tendrá una tendencia lógica a demandar ante los tribunales del lugar de su residencia; segundo, porque parece evidente que el causante del daño, más que someterse a dichos tribunales, lo que haría sería impugnar su competencia, para no resultar enjuiciado por los tribunales de la contraparte. En cualquier caso, si se produce la sumisión tácita es de suponer que el demandante (perjudicado) habrá realizado un cálculo previo de las posibilidades de éxito de su reclamación. Suposición que, dadas las características de los afectados y del conocimiento especializado que requiere el tratamiento de las situaciones privadas internacionales, dista mucho de coincidir con el estudio de campo realizado respecto de estas infracciones. La prorrogación expresa de fuero será, cuando menos, igual de difícilmente verificable que el supuesto de la sumisión tácita y, además, ciertamente peligroso para el perjudicado, dada la situación de desigual *bargaining power* en el que se encuentran las partes enfrentadas.

El fuero especial en materia de responsabilidad civil extracontractual (= artículo 7.3) del Reglamento Bruselas I bis, *forum delicti commissi*, merece un análisis más detenido, como solución potencial y manifiestamente mejorable. Es la solución tradicional más extendida en el campo comparado y presente en nuestro derecho positivo.

La tutela que precisaría un supuesto de tratamiento ilícito internacional de datos para reequilibrar las posiciones de las partes requeriría interpretar el *forum delicti commissi* en un sentido favorable a la víctima. Esto es, identificándolo con el lugar de residencia habitual del perjudicado. Esta propuesta es consciente de las habituales y compartibles críticas generales al denominado *forum actoris*, pero perfectamente defendible en este caso por su adecuación a las necesidades tuitivas del supuesto tipo y, además, acorde con la jurisprudencia más reciente del TJUE (Sentencia de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising* (C509/09) y *Martínez y Martínez* (C161/10)). Habrá, por tanto, que remitirse al *lugar de residencia habitual de la víctima*, aunque no como *lugar del hecho dañoso*, sino como *lugar de realización global de la acción generadora de dicha responsabilidad extracontractual*.

Estas situaciones dificultan la determinación del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, que se manifiesta en dos preguntas:

1. ¿Cuál es el lugar donde tienen lugar el evento generador del daño? Debemos responder esta pregunta en el sentido de que será el Estado en que se ha difundido o tratado ilícitamente los datos.
2. ¿Cuál es el lugar donde se concreta el resultado lesivo? Aquí no hay una respuesta concreta, sino una multitud de posibilidades:
 - a) El país desde donde se han introducido los datos.
 - b) En el marco de internet, el lugar donde está ubicado el servidor que los alberga.
 - c) El país desde donde se puede tener acceso a los datos, o
 - d) El país donde reside el titular del derecho infringido, que es, en definitiva, donde se ha producido el hecho dañoso.
 - d) El país donde radique el fichero de datos.

Como hemos observado, este artículo se caracteriza por una gran «dispersión competencial» que ataca directamente a la protección del titular del derecho a la protección de datos. De este artículo contribuyó a esclarecer la competencia judicial relacionada con litigios derivados de ilícitos contra los derechos de la personalidad la STJUE *eDate Advertising*, derivada de la doctrina instaurada por la STJCE *Fiona Shevill*¹⁹, que interpretaba el antiguo artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I bis. La STJCE *Fiona Shevill* permitía –y sigue permitiendo– a la víctima de la vulneración del derecho a la intimidad por la difamación de datos personales publicados y accesibles en varios Estados miembros ejercer una acción resarcitoria contra el promotor de la acción que causa el hecho dañoso ante los tribunales del domicilio de tal persona para reclamar una indemnización íntegra, o bien demandar ante los tribunales de cada Estado miembro el que la publicación sea difundida, y en el que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación. La STJUE *eDate Advertising* viene a concretar y reducir esta «dispersión competencial» permitiendo que el afectado que alegue un daño o perjuicio en un Estado miembro exija una indemnización integral por todo el daño sufrido ante los tribunales del Estado promotor de la acción, y el Estado donde la víctima tenga su centro de intereses.

Visto esta disposición de foros otorgados por diferentes instrumentos normativos, algún autor ha sostenido que sería más apropiado regular las reglas de competencia judicial in-

¹⁹ Vid. STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/03, *Ixora Trading Inc; Chequepoint SARL, Chequepoint International Ld. C Press Alliance SA* ECLI:EU:C:1995:61.

ternacional en el Reglamento Bruselas I bis en vez de en el propio RGPD para evitar así está complicada compatibilidad de foros disponibles establecida tanto por el Reglamento Bruselas I bis como por el RGPD, y los problemas de litispendencia y conexidad del artículo 81 del RGPD para, a su vez, mantener coherencia entre ambos reglamentos (Brkan, 2015b, p. 275).

Mientras que la jurisdicción general es «neutral», la jurisdicción específica al menos indica que ya hay algún tipo de conexión significativa entre el foro y la cuestión jurídica a decidir (Hein, 2016, p. 24). Podemos observarlo en los foros especiales del artículo 79.2 del RGPD en los que se permite demandar.

Debemos destacar que podemos encontrarlos, además de los supuestos del artículo 79 del RGPD y los propios de Bruselas I bis, que tal perjuicio se materialice en el marco de una relación contractual, por lo que debemos atenernos a los foros concretos en materia contractual del Reglamento Bruselas I bis (competencia especial en materia contractual del artículo 7.1); foros especiales de protección en materia de seguros de los artículos 10-16; foros especiales de protección en materia de contratos celebrados por los consumidores de los artículos 17-19, y foros especiales de protección en materia de contratos individuales de trabajo de los artículos 20-23), y que pueden actuar con una doble función:

1. Por un lado, establecer un foro de protección especial para la parte que ha sufrido el daño y perjuicio, en casos en los que una parte de una relación contractual es la parte débil, como en los contratos de seguro o celebrados por los consumidores; y
2. Por el otro, suplir la ausencia de unos foros especiales para los responsables del tratamiento cuando estos pretendan ejercitar alguna acción contra los afectados.

Es necesario recalcar la compatibilidad con el Reglamento Bruselas I bis, ya que el artículo 147 del RGPD no prejuzga la aplicación del primer reglamento, por lo que habrá que analizar la aplicabilidad de cada norma, pero podemos afirmar que, en virtud del *principio de especialidad*, deben primar los foros del propio RGPD.

3. Determinación de la ley aplicable y el Reglamento general de protección de datos

3.1. Ley del establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la Unión Europea

La primacía de la legislación de protección de datos se manifiesta en una limitada autonomía de la ley aplicable en una cláusula contractual, la cual siempre deberá atenerse a

los criterios del RGPD en los casos de obligaciones contractuales, cuyas cláusulas pueden estar sujetas a las leyes de otro Estado según el Reglamento Roma I. Podemos tomar como ejemplo la *STJUE Amazon EU Sàri*, la cual determinó como ilegales cláusulas contractuales que contradecían a la legislación sobre protección de datos.

El RGPD fija como primer criterio que su ámbito territorial comprende el tratamiento de datos «en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no» (= artículo 3.1). Las innovaciones respecto al texto del artículo 4.1 a) de la directiva son aquí menores, pues se limitan a que el RGPD se refiere no solo al «responsable», sino también al «encargado» del tratamiento. Por otra parte, se elimina la referencia a las situaciones en las que un mismo responsable del tratamiento esté establecido en varios Estados miembros como circunstancia que llevaba a tener que cumplir con sus respectivas legislaciones, lo que se corresponde con que el RGPD sustituye a las legislaciones de todos los Estados miembros.

Para garantizar un alto nivel de protección, se mantiene la interpretación muy amplia y flexible del concepto de establecimiento, que se extiende «a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable», como recoge el considerando 22 del RGPD. Ahora bien, es necesario que el tratamiento se produzca en el contexto de las actividades del establecimiento.

Para determinar la ley aplicable al tratamiento de datos, debemos remitirnos a la ubicación de un establecimiento del responsable donde se realicen actividades de tratamiento de datos en el contexto de la actividad del responsable –hacia donde se dirigen las actividades comerciales–. No por el propio responsable (= *SSTJUE Weltimmo* y *Amazon EU Sàri*). Es decir, si el responsable del tratamiento está en Austria, y se contrata el tratamiento de datos en Alemania respecto a los datos austriacos, será de aplicación el derecho austriaco; porque el tratamiento se realiza bajo las instrucciones y fines comerciales que el establecimiento austriaco determina. Pero si el responsable está en Austria, y en Italia hay una oficina donde gestiona y trata los datos en el contexto de las actividades del establecimiento italiano, se aplicará el derecho italiano.

Hay que matizar la definición de «establecimiento». No importa la forma jurídica del establecimiento, por lo que hay que entender el término de forma flexible, se debe extender a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable (= *SSTJUE Google Spain*, *Weltimmo*, y *Amazon EU Sàri*). Para entender la noción «en el contexto de las actividades» hay que atender a varios criterios:

- El grado de implicación de los establecimientos en las actividades en cuyo contexto se traten los datos personales.
- La naturaleza de las actividades del establecimiento es un elemento secundario, pero podrá contribuir a definir el Derecho aplicable a cada establecimiento.

- Esta expresión no puede ser objeto de interpretación restrictiva (SSTJUE *Google Spain* y *Weltimmo*).

Pero hay supuestos de responsabilidad extracontractual –como es el caso de las transferencias internacionales de datos– que plantean importantes problemas en cuanto al derecho aplicable. La ley que resuelve esta controversia es el Reglamento (CE) 864/2007 Roma II²⁰.

El Reglamento Roma II es un texto legal con carácter universal²¹, es decir, la ley designada por el reglamento se aplica aunque no sea de un Estado miembro, la cual permite una mayor y mejor unificación del mercado interior (Ortega Giménez, 2016b, p. 138), pero que excluye de su aplicación en su artículo 1.2 g) «las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», por tanto, las acciones extracontractuales relativas a los daños y perjuicios sufridos por un interesado como consecuencia del tratamiento de sus datos personales por un responsable o encargado están excluidas de la norma, exclusión muy criticada por la doctrina (Dickinson, 2008, p. 240; Sancho Villa, 2010, pp. 97-98; Ortega Giménez, 2015, p. 8; Brkan, 2015a, pp. 27-28, Miguel Asensio, 2011, p. 41-42). Debemos destacar que actualmente existe una propuesta de reforma del Reglamento Roma II en el que se pretende incluir estos supuestos, motivada por la STJUE *eDate Advertising*²² tendente a unificar la norma de conflicto y desplazar a la legislación interna.

Esto, a su vez, se traduce en una serie de consecuencias positivas (Ortega Giménez, 2016a, p. 9): la reforma del Reglamento Roma II incluye un nuevo artículo 5 bis en el que introduce dos nuevos supuestos:

1. La ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del daño o perjuicio, o
2. La ley del país de residencia habitual del demandado, en su defecto, si el demandado no hubiera podido haber previsto razonablemente consecuencias importantes de su acto en dicho país.

El supuesto del primer inciso adopta los criterios de la *lex loci damni* (la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del daño) o *lex loci delicti commissi* (la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del hecho lesivo).

²⁰ DOCE L 199/40, de 31 de julio de 2007.

²¹ *Vid.* artículo 3.

²² P7_TA-PROV (2012) 0200.

El segundo supuesto resulta más confuso, en el sentido de que, más que proteger al posible afectado, favorece a la parte fuerte del litigio (Ortega Giménez, 2015, p. 8). Permite aplicar la ley del país de residencia del demandado cuando:

- a) Resulte imposible determinar el elemento o los elementos más significativos del daño o perjuicio (= elemento objetivo); y
- b) Que el causante del daño no hubiera podido haber previsto razonablemente consecuencias importantes de su acto en dicho país (= elemento subjetivo).

La adición de este doble criterio a la hora de la determinación de la ley aplicable puede llegar a prejuzgar el caso en una fase muy temprana del proceso, además de favorecer al presunto responsable del daño con la opción de litigar con la ley del país de residencia. La inclusión del artículo 5 bis debe ponerse en relación con el artículo 14 del Reglamento Roma II, que ofrece al perjudicado y al causante del daño la posibilidad de poder elegir la ley aplicable, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, aunque en la práctica es difícilmente aplicable, puesto que el acuerdo debe hacerse con posterioridad al hecho generador del daño; en esos momentos es complicado que ambas partes se pongan de acuerdo. Pero la consecuencia de la no regulación conlleva a la aplicación de normas autónomas, como el artículo 10.9 del Código Civil.

3.2. Ley aplicable a responsables o encargados no establecidos en la Unión Europea

Aunque en su considerando 14 el RGPD parte de que la protección que establece «debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia», cuando el tratamiento no se produce en el contexto de las actividades de un establecimiento en la Unión Europea (UE), la protección se limita a los interesados que se encuentren en la UE y se requiere una conexión adicional con la UE.

El artículo 3.2 del RGPD prevé que es aplicable al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la UE cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con cualquiera de estos dos elementos: «a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión».

Esta nueva disposición, de la que resulta también cuándo el responsable o encargado establecido en el extranjero debe designar un representante –que debe ser una persona física o jurídica establecida en la Unión– en lo que respecta a sus obligaciones derivadas del RGPD (= considerando 80 y artículo 27), refleja una evolución que en gran medida se

corresponde con el propósito de hacer depender la aplicación de la legislación de que el responsable dirija la actividad, en el marco de la cual tiene lugar el tratamiento a la Unión, típicamente al Estado de la residencia del interesado.

En principio, el lugar de situación del afectado por el tratamiento de datos personales constituye un criterio legítimo para fundar tanto la competencia internacional como la ley aplicable, en especial cuando va acompañado de elementos indicativos de una vinculación adicional. Se trata de un enfoque que facilita el sometimiento a la legislación europea (y a la competencia de las autoridades de control de sus Estados miembros) de quienes no se encuentran establecidos en la Unión, pero tratan datos de personas que se encuentran en la Unión en circunstancias en las que esa consecuencia resulta en principio apropiada.

Con carácter alternativo, el artículo 3.2 b) del RGPD se refiere a su aplicación cuando el tratamiento de datos de interesados que residan (= «se encuentren») en la Unión Europea esté relacionado «con el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión». Algunas de estas situaciones estarán comprendidas también en el apartado a), pues tal control con frecuencia tiene lugar en el marco del ofrecimiento al interesado de ciertos servicios, aunque sean gratuitos, en particular al hilo del empleo de archivos o programas informáticos que almacenan y permiten el acceso a información en el equipo de usuario. El considerando 24 del RGPD se limita a señalar que el criterio de este inciso b) resulta operativo si se puede considerar que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, indicando que tal puede ser el caso cuando las personas son objeto de un seguimiento en internet para elaborar un perfil con el fin de analizar sus preferencias, comportamientos y actitudes.

El artículo 10.9 del Código Civil nos otorga dos opciones para determinar la ley aplicable:

1. La aplicación de la ley del Estado en el que se produce el hecho del que deriva la responsabilidad; o
2. La aplicación la ley del lugar donde se materializa el daño para las víctimas. Esta doble interpretación –o ambigüedad– puede ser solventada mediante la separación de ambos criterios en la ley, como hacen algunos países de nuestro entorno²³.

²³ P. ej. el artículo 62.1 de la LEGGE 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, que estipula que las obligaciones extracontractuales se regirán por la ley del Estado en el que se haya producido el evento (*lex loci actus*); aunque el segundo inciso habilita al demandante a solicitar la aplicación de la ley del Estado en el que se haya producido el daño (*lex loci damni*): «1. La responsabilità per fatto illecito é regolata dalla legge dello Stato in cui si é verificato l'evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si é verificato il fatto che ha causato il danno». Otros países con este mismo sistema son: Alemania (artículo 40 del Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche), Portugal (artículo 45 del Código Civil, que permite la aplicación de la ley del

En la primera opción, el mayor problema que encontramos es determinar cuál es el Estado en el que se ha realizado el hecho dañoso, puesto que el hecho ilícito deriva de una cadena de ilícitos que se suelen desarrollar en otros Estados; debemos verificar el Estado donde refleja sus efectos lesivos. Esto es, el tratamiento automatizado de datos personales se rige por la ley del Estado en cuyo territorio tiene lugar dicho tratamiento de datos que ha provocado el daño. Entonces, para poder aplicar la legislación española: a) el responsable del fichero tuviera su domicilio fuera de la UE y, b) el tratamiento de datos se hubiera realizado en España.

En cuanto a la segunda opción, y en concreto en los supuestos de mero acceso, debe rechazarse que cualquier lugar de recepción de los contenidos o la información transmitidos por internet sea por esa simple circunstancia lugar del daño, debido a (1) que muchas veces ese acto no genera un daño «real» al titular, y (2) la aplicación de la ley de cada uno de los múltiples lugares de manifestación del daño puede conducir a una excesiva fragmentación normativa (Miguel Asensio, 2011, p. 203). Es por ello que se afirma que el lugar donde se manifiesta la consecuencia directa para la víctima se corresponde con el lugar de su residencia habitual, como el centro de las relaciones sociales, personales y económicas susceptibles de verse afectadas por un atentado contra la intimidad u otros derechos de la personalidad; como ya comentamos a raíz de la STJUE *eDate Advertising*, no solo se materializa el perjuicio en el Estado de residencia habitual, también en aquel Estado en el que existan un vínculo estrecho con ese otro Estado.

Debido a los ya resaltados problemas, conviene que ahondemos en una crítica al precepto (Ortega Giménez, 2015, p. 7):

A todo esto, debemos resaltar las precisiones del RGPD, ya que la tendencia que genera el artículo 79.2 del RGPD invita a aplicar «la ley del lugar donde sufren el daño o lesión los bienes o derechos del perjudicado» (Miguel Asensio, 2017, p. 42). Su postura se basa en el objetivo que tiene la norma de proteger al afectado, el cual una de las maneras de plasmarlo es la aplicación de un derecho que sea familiar al afectado, que se corresponda con el del Estado de la residencia habitual (o del centro de intereses del afectado); y que entendemos que esta deba ser la opción que mejor puede llegar a proteger los intereses del afectado en función del principio de *favor laesi* (Ortega Giménez, 2016a, p. 6). Y en la práctica podemos prever que el demandante inicie las acciones, o bien en el Estado de la residencia habitual, o bien en el centro de intereses del afectado; se aplicará la ley del Es-

lugar donde se hay producido el daño, siempre y cuando: a) el autor del daño haya podido prever que su acto podría causar daños en ese estado, y b) que la ley del Estado donde transcurre la actividad principal causante del daño no considere responsable al autor de ese daño), Países Bajos (artículo 3 de la wet conflictenrecht onrechtmatige daad, permitiendo aplicar la ley de un Estado en el que se manifiesten las consecuencias de un acto ilícito distinto al del que se hubiese producido el acto, siempre que el demandando no previese razonablemente la acción).

tado que asumió la competencia (*lex fori*), la cual conlleva una serie de beneficios (Hein, 2016, p. 23), tales como:

1. La reducción del tiempo y los costes de los litigios.
2. La mejora de la calidad de los juicios.
3. La tenencia en cuenta de las preocupaciones de política pública del foro, porque los derechos de la personalidad, la privacidad, la protección de datos, etc., están arraigados en los valores constitucionales. Aunque el principal problema lo encontraríamos en el arraigo del *forum shopping*, siempre y cuando el Reglamento Roma II no cubra los derechos de la personalidad.

El principal problema lo encontraríamos en el arraigo del *forum shopping*, siempre y cuando el Reglamento Roma II no cubra los derechos de la personalidad.

La aplicación del artículo 10.9 del Código Civil nos conduce a resultados claramente insatisfactorios. Se trata de una norma de conflicto de corte clásico, es decir, con un supuesto de hecho muy genérico, un punto de conexión meramente localizador y una consecuencia jurídica aparentemente neutra. Dichas características parecen evidentemente inadecuadas para regular un caso tan específico como es el tratamiento ilícito de datos personales, dada la situación de inferioridad jurídica del perjudicado.

La generalidad del supuesto de hecho del artículo 10.9 del Código Civil, que tiene sus consabidas ventajas –como el facilitar el proceso de calificación, etc.– es absolutamente irrelevante en el supuesto tipo, cuyo encaje en la categoría responsabilidad civil extracontractual no reviste especiales dificultades:

- a) En primer lugar, al contrario, la generalidad del precepto priva de visibilidad al problema de la desprotección del titular del derecho a la protección de datos ante un tratamiento ilícito internacional. La prueba de la pertinencia de la introducción de una norma específica para estos supuestos es la inminente reforma del Reglamento Roma II, que especializa las soluciones generales tradicionales (*lex loci delicti commissi*), introduciendo un futuro artículo 5 bis (= violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad).
- b) En segundo lugar, el artículo 10.9 de nuestro Código Civil adolece de no pocas dosis de rigidez, puesto que solo ofrece al juzgador una opción meramente localizadora entre la aplicación de la ley del lugar donde se ha producido el hecho causal (país de origen), o la ley del lugar donde se manifiesta la acción (país o países de resultado). Esta opción tan reducida no permite asegurar la tantas veces reclamada actividad judicial creativa, en aras de proporcionar al perjudicado una protección adecuada, equilibrada y efectiva de sus legítimos intereses.

- c) En tercer lugar, la mayor crítica que se puede realizar al artículo 10.9 del Código Civil es su tradicional ceguera material o neutralidad. Cuando se parte de una situación en la que una de las partes está en manifiesta inferioridad, la neutralidad, lejos de ser una virtud, se convierte en una potencial fuente de injusticia.

Por tanto, en los supuestos de tratamiento transfronterizo ilícito de datos de carácter personal, es preciso realizar una lectura materializadora del artículo 10.9 de nuestro Código Civil, en el sentido de que a la hora de determinar la *lex loci delicti commissi*, que puede ser la elección entre la ley del lugar donde se capturaron los datos personales o la del Estado donde se trató dicha información personal, debe estar presidida por el *favor laesi*.

Aun así, esta interpretación del artículo 10.9 del Código Civil sigue siendo insatisfactoria. Al dejar en manos del órgano jurisdiccional la interpretación de la *lex loci delicti commissi*, introduce notables dosis de inseguridad jurídica; sin garantías respecto de otorgar al perjudicado esa protección adecuada, equilibrada y efectiva que se viene demandando en el presente proyecto de investigación. Hay que tener en cuenta, de *lege data imminente*, que el Parlamento Europeo ha propuesto una nueva norma de conflicto específica en materia de violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad (derecho a la protección de datos de carácter personal) para su eventual inclusión en la proyectada reforma del Reglamento Roma II. El futuro artículo 5 bis del Reglamento Roma II establece como ley aplicable (1) «la del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del daño o perjuicio»; o, en su defecto, si el demandado no hubiera podido haber previsto razonablemente consecuencias importantes de su acto en dicho país, (2) «la ley del país de residencia habitual del demandado».

Con la inclusión de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II, el futuro artículo 5 bis del citado Reglamento debe ponerse en relación sistemática con la aplicación preferente del vigente artículo 14, que ofrece al perjudicado y al causante del daño la posibilidad de poder elegir la ley aplicable, en virtud del principio de la autonomía conflictual. Ahora bien, dicha elección, expresa o tácita, resulta poco probable que se dé en la práctica. Como solo es posible con posterioridad al nacimiento del litigio, es difícil que causante del daño y perjudicado se pongan de acuerdo de cara a elegir una ley que corrija la situación de desprotección en la que se encuentra este último y le ofrezca una tutela adecuada, equilibrada y efectiva. Estos resultados eventualmente no deseados del artículo 14 del Reglamento Roma II podrían ser corregidos en un sentido materializador, estableciendo que el pacto de elección de ley, aun siendo posterior al nacimiento del litigio, no sea tenido en cuenta si la protección que la ley elegida otorga a la víctima está por debajo de los estándares en materia de defensa del derecho a la protección de datos de carácter personal que le otorga el ordenamiento de su lugar de residencia.

3.3. Tutela judicial civil contra responsables o encargados

El artículo 82 del RGPD regula el derecho a indemnización de las personas físicas por los daños producidos por un tratamiento ilícito de sus datos personales. Por otro lado, el reglamento refuerza el artículo 82 con los artículos 83, relativo a las condiciones generales para la imposición de multas, y 84, de las sanciones, que se pueden imponer al encargado del tratamiento de datos que infrinja lo dispuesto en el RGPD y demás posibles responsables. El artículo señala:

1. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.
2. Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable.
3. El responsable o encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios.
4. Cuando más de un responsable o encargado del tratamiento, o un responsable y un encargado hayan participado en la misma operación de tratamiento y sean, con arreglo a los apartados 2 y 3, responsables de cualquier daño o perjuicio causado por dicho tratamiento, cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado.
5. Cuando, de conformidad con el apartado 4, un responsable o encargado del tratamiento haya pagado una indemnización total por el perjuicio ocasionado, dicho responsable o encargado tendrá derecho a reclamar a los demás responsables o encargados que hayan participado en esa misma operación de tratamiento la parte de la indemnización correspondiente a su parte de responsabilidad por los daños y perjuicios causados, de conformidad con las condiciones fijadas en el apartado 2.
6. Las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el artículo 79, apartado 2.

Como podemos observar el artículo 82 en su apartado primero es muy claro al establecer que la indemnización comprende los daños físicos, morales y patrimoniales de

la persona afectada, por lo tanto, cuando el precepto dice «daños y perjuicios», no debemos hacer una interpretación restrictiva del mismo. Además, para que se produzca la indemnización, uno de los elementos importantes, que también se recoge en la legislación española, es que el daño producido sea real y efectivo y que sea evaluable económicamente. Por lo tanto, como conclusión por la interpretación amplia que se hace del concepto de daños y perjuicios, el reglamento establece una indemnización integral de la persona perjudicada.

Además, la indemnización se puede derivar de una relación tanto contractual, es decir, de la responsabilidad contractual, como de una responsabilidad extracontractual, en una relación que no medie contrato. De los actos que realiza el responsable del tratamiento de datos no hace una mención específica, aunque en el apartado segundo del artículo observamos que la responsabilidad se puede derivar de una acción u omisión, es decir, si el responsable del tratamiento deja de hacer algo que le era de obligado cumplimiento, esa omisión es generadora de responsabilidad.

Otro dato que denota la amplia protección del reglamento es la responsabilidad solidaria que establece el apartado cuarto, en que dice que dice «cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado». Apuntar que la responsabilidad solidaria no es absoluta, sino que, si se demuestra que alguno de los encargados del tratamiento de los datos no ha sido responsable del daño producido, podrá repetir la cantidad que satisfizo en concepto de indemnización a los responsables, e incluso si aun teniendo responsabilidad satisface la indemnización completa también podrá exigir el abono de la parte que correspondería a cada uno de los responsables.

En caso de tratamiento ilícito de datos, existirá daño y, por tanto, posible reclamación si se verifica que se ha producido un tratamiento ilícito internacional de datos de carácter personal. De esta forma, la vulneración del derecho a la protección de datos en los supuestos de transferencia internacional de datos trae como resultado la exigencia de responsabilidad civil objetiva extracontractual, derivándose el derecho a indemnización del afectado por el tratamiento de sus datos, al que le han provocado daño o lesión del tratamiento ilícito de sus datos.

Los requisitos para que se pueda exigir esta responsabilidad civil obteniendo la reparación de los daños morales y patrimoniales son:

1. Que se acredite el incumplimiento.
2. Que no concurra una causa de exoneración de la responsabilidad, se vincule el incumplimiento con el daño o lesión sufrida en los bienes o derechos, el daño o lesión se evalúe y la actuación o la falta de actuación generadora del daño no represente la materialización de los elementos de un tipo penal, pues entonces estaríamos ante la comisión de un delito y no frente a un ilícito penal.

El estudio de campo, el análisis objetivo, subjetivo y taxonómico nos conduce a un supuesto tipo, no analizado suficientemente por la doctrina y relevante: las dificultades que encuentra una persona, cuyos datos de carácter personal han sido objeto de un tratamiento ilícito, para obtener una justa reparación cuando ese tratamiento tiene lugar en el marco de una transferencia internacional ilícita de datos. Pues bien, son frecuentes los casos de vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal por un tratamiento ilícito internacional de datos realizados al margen de una relación preexistente entre las partes (= transferencias internacionales de datos personales «extracontractuales»).

Respecto a la reclamación de indemnización del artículo 82 del RGPD, el derecho aplicable será aquel que coincida con el Estado donde se reclame el derecho; por lo que depende de dónde se demande. En el terreno del derecho aplicable, en tanto en cuanto el artículo 1.2 g) del vigente Reglamento Roma II establece que «se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] g) las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», la solución pasa por el recurso al artículo 10.9 de nuestro Código Civil, que toma como punto de conexión el *locus delicti commissi*; esto es, la aplicación de «la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven» (= *lex loci delicti commissi*).

Si, como es más que probable, el artículo 14 del Reglamento Roma II no resulta de aplicación, entrará en juego la propuesta del artículo 5 bis, pues especializa y colma un vacío del Reglamento Roma II difícilmente justificable, pero sigue ofreciendo una solución conflictual no satisfactoria desde el punto de vista de la protección que precisa el titular del derecho fundamental a la protección de datos ante una transferencia internacional ilícita de los mismos.

Del párrafo primero del artículo 5 bis cabría entender que la persona lesionada por una transferencia internacional ilícita de sus datos personales podría fundamentar su demanda en la *lex loci damni* (= la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del daño) o en la *lex loci delicti commissi* (la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzca el elemento o los elementos más significativos del perjuicio).

Más discutible aún es la solución que ofrece el párrafo segundo del propio artículo 5 bis del citado Reglamento Roma II para los tratamientos transfronterizos ilícitos de datos de carácter personal, ya que establece la aplicación de la ley de la residencia habitual del presunto responsable del daño, si se dan las siguientes condiciones: a) que resulte imposible determinar el elemento o los elementos más significativos del daño o perjuicio (= condición normativa objetiva); y b) que el causante del daño no hubiera podido haber previsto razonablemente consecuencias importantes de su acto en dicho país (= condición normativa subjetiva).

4. Conclusiones

Primera. Las vigentes normas de competencia judicial internacional, elaboradas en los distintos niveles normativos (institucional, convencional y autónomo) no solo son claramente inadecuadas para proteger a la víctima de un tratamiento ilícito internacional de sus datos, sino que pueden incluso conducir a resultados contraproducentes. En primer lugar, el recurso a la autonomía de la voluntad resulta peligroso ante una situación de desequilibrio entre las partes, tal y como se pone de manifiesto en la existencia de foros de protección (= contratos individuales de trabajo, contratos de seguro y contratos celebrados por consumidores) en los diferentes sistemas de derecho internacional privado comparado. La aprobación del RGPD no debe verse como el final del trayecto, sino como el comienzo de un itinerario que tiene algunas paradas imprescindibles, como puede ser la homogeneización en un entorno europeo y el avance hacia la uniformidad.

Segunda. En el ámbito de la competencia judicial internacional, la compatibilidad entre los foros de competencia judicial internacional del artículo 79.2 y los del Reglamento Bruselas I Bis deriva del artículo 67 de este último reglamento, al estipular que no prejuzgará la aplicación de las disposiciones contenidas en instrumentos particulares. La coexistencia de los artículos 7.2 de Bruselas I bis y el 79.2 del RGPD se encuentra en entredicho, los cuales se pueden observar en los foros especiales del artículo 79.2 del RGPD; estos foros están redactados para adecuarse al supuesto concreto. En cambio, los foros del Reglamento Bruselas I bis tienen como objeto cubrir supuestos generales de responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, los principios que subyacen de ambos reglamentos son diferentes y excluyentes entre sí, y uno debe imponer su justicia sobre el otro, por lo que el artículo 79.2 del RGPD debe prevalecer sobre el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis. Vista esta disposición de foros otorgados por diferentes instrumentos normativos, hubiese sido más apropiado regular las reglas de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis en vez del propio RGPD, para evitar así esta complicada compatibilidad de foros disponibles establecida tanto por el Reglamento Bruselas I bis como por el RGPD, y los problemas de litispendencia y conexidad del artículo 81 del RGPD para, a su vez, mantener coherencia entre ambos reglamentos.

Tercera. El fuero especial en materia de responsabilidad civil extracontractual, *forum delicti commissi*, merece un análisis más detenido, como solución potencial y manifiestamente mejorable. Es la solución tradicional más extendida en el campo comparado y presente en nuestro derecho positivo. Su aplicación al supuesto tipo plantea no solo los problemas habituales de precisión del *locus delicti commissi* ante supuestos de dispersión mundial del daño, sino también resultados particularmente nocivos en materia de tratamientos ilícitos internacionales de datos. La interpretación habitual del *locus delicti commissi* conduce, bien a los tribunales del lugar donde se capturaron los datos personales, bien a la competencia de la jurisdicción del Estado donde se trató dicha información personal. En uno y otro caso, el estudio de campo revela que estamos lejos de darle una protección



adecuada, equilibrada y efectiva al perjudicado, obligándole a litigar lejos de su centro de desarrollo social y personal.

Cuarta. En el terreno del derecho aplicable, en tanto en cuanto el artículo 1.2 g) del vigente Reglamento Roma II establece que «se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] g) las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», la solución pasa por el recurso al artículo 10.9 de nuestro Código Civil, que toma como punto de conexión el *locus delicti commissi*, esto es, la aplicación de «la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven (*lex loci delicti commissi*)». La aplicación del artículo 10.9 del Código Civil nos conduce a resultados claramente insatisfactorios. Se trata de una norma de conflicto de corte clásico, es decir, con un supuesto de hecho muy genérico, un punto de conexión meramente localizador y una consecuencia jurídica aparentemente neutra. Dichas características parecen evidentemente inadecuadas para regular un caso tan específico como es el tratamiento ilícito de datos personales, dada la situación de inferioridad jurídica del perjudicado.

Referencias bibliográficas

- Albrecht, J. P. y Jotzo, F. (2017). *La nueva ley de protección de datos de la UE*. Baden-Baden: Nomos.
- Brito Izquierdo, N. (2018). Recursos, responsabilidad y sanciones (arts. 77-84). En J. López Calvo (Coord.), *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos* (pp. 633-670). Madrid: Bosch.
- Brkan, M. (2015a). Data Protection and European Private International Law. *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, research paper, 40.
- Brkan, M. (2015b). Data protection and European private international law: observing a bull in a China shop. *International Data Privacy Law*, 5(4).
- Carrascosa González, J. (1992). Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Derecho Internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, XLIV(2).
- Dickinson, A. (2008). *The Rome II Regulation «The Law Applicable to Non-Contractual Obligations»*. Oxford: OUP.
- García Romero, S. (2016). Nuevo marco jurídico europeo en protección de datos: novedades conocidas y otras no tan conocidas. *Diario La Ley*, 8691, Wolters Kluwer.
- Gonzalo Doménech, J. J. (2018). Algunas cuestiones relevantes de Derecho internacional privado del Reglamento General de Protección de Datos. *Rev. Boliv. de Derecho*, 26, 414-417.
- Hein, J. von (2016). Social Media and the Protection of Privacy. *European Data Science Conference*. Luxemburgo.
- Kuner, C. (2017). The Internet and the Global Reach of EU Law. *Legal Studies Research, paper series*, 24.
- López Calvo, J. (2017). *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Madrid: Sepin.
- López Calvo, J. (Coord.) (2018). *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Madrid: Bosch.
- Miguel Asensio, P. A. de (2011). *Derecho privado de internet*. (4.^a ed.). Madrid: Civitas.
- Miguel Asensio, P. A. de (2017). Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Internacional*, 69(1).
- Nieto Garrido, E. (2016). XX. Derecho a indemnización y responsabilidad. En J. L. Piñar Matas, *Reglamento general de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (pp. 555-570). Madrid: Reus.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2013). La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal de justicia. *La Ley. Unión Europea*, 4.
- Ortega Giménez, A. (2015). La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita en Derecho internacional privado español. *Diario La Ley*, 8661.
- Ortega Giménez, A. (2016a). Propuestas ante un futuro incierto para la protección en la Unión Europea del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita: ¿unificación de la norma de conflicto vs. Armonización a través de unos principios comunes? *Revista Aranzadi Unión Europea*, 10. Cizur Menor: Aranzadi.



Ortega Giménez, A. (2016b). *Transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas*. Cizur Menor: Aranzadi.

Oster, J. (2012). Rethinking Shevill. Conceptualising the EU private international law of Internet torts against personality rights.

International Review of Law, Computers & Technology, 26(2-3).

Sancho Villa, D. (2010). *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*. Civitas: Navarra.



Las libertades de expresión e información de los presos

Comentario a la STC 6/2020, de 27 de enero*

Wendy Pena González

*Becaria del servicio de doctrina del Tribunal Constitucional
Graduada en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración
Doctoranda en Estado de derecho y gobernanza global*

Extracto

Desestimación e impugnación de la resolución de la dirección de un centro penitenciario denegando una petición de entrevista periodística a un recluso.

Vulneración de las libertades de expresión e información ante la denegación constitucionalmente ilícita de entrevista periodística en la que se aduce la eventual afectación a la intimidad de otros reclusos y al crédito profesional de los funcionarios, con su hipotética incidencia en la seguridad y buen orden del centro penitenciario.

Palabras clave: libertades de expresión e información; derechos penitenciarios; reclusos.

Fecha de entrada: 18-04-2020 / Fecha de aceptación: 02-06-2020

* NCJ064591.

Cómo citar: Pena González, W. (2020). Las libertades de expresión e información de los presos. Comentario a la STC 6/2020, de 27 de enero. *Revista CEFLegal*, 235-236, 81-94.



Right of expression and information of those sentenced to prison

Comment to STC 6/2020, of January 27

Wendy Pena González

Abstract

Dismissal and challenge of the resolution of the management of a penitentiary center denying a request for a journalistic interview to a convicted person.

Violation of the freedoms of expression and information in the face of the constitutionally unlawful denial of a journalistic interview in which the eventual affectation of the privacy of other convicts and the professional credit of the officials is alleged, with its hypothetical impact on the security and good order of the center penitentiary.

Keywords: right of expression and information; prison rights; convicts.

Citation: Pena González, W. (2020). Las libertades de expresión e información de los presos. Comentario a la STC 6/2020, de 27 de enero. *Revista CEFLegal*, 235-236, 81-94.





Sumario

1. Los hechos probados
 2. Un asunto previo: El recurso de amparo mixto
 3. Las libertades del artículo 20 de la CE. Titularidad
 4. La limitación de los derechos de los reclusos
 - 4.1. Marco normativo. Requisitos básicos
 - 4.2. Necesidad de motivación en la limitación de los derechos de los presos. La salvaguarda del buen orden y seguridad del centro
 - 4.3. La limitación de las comunicaciones de los presos
 - 4.4. La motivación de la resolución recurrida
 5. El «mal uso» de las libertades de comunicación. La intimidad de otros internos, la falsedad de las declaraciones y el crédito profesional de los funcionarios penitenciarios
 6. Las libertades en juego
 7. Conclusión: Censura previa
- Referencias bibliográficas

Nota: Dedico este artículo a mis compañeros becarios y funcionarios (Curro, Wassima, Nacho P., Nacho V., Víctor, Álvaro, Julia, Maurino, Maribel y Luis), que han creado un maravilloso ambiente de trabajo al que deseo regresar presencialmente en cuanto sea posible.

1. Los hechos probados

La STC 6/2020, de 27 de enero (Sala Segunda) analiza el alcance y los límites de los derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión de los sometidos a penas de prisión.

Este análisis es consecuencia de la interposición de un recurso de amparo por parte de un sujeto interno en un centro penitenciario, que solicitó una entrevista con un profesional de la información a la dirección de su centro penitenciario.

La dirección del establecimiento notificó al interno de que no podía considerar la solicitud si no acreditaba la identidad del profesional de comunicación y no aportaba motivación para la solicitud. A ello contestó el interno que ningún precepto legal o reglamentario establece la obligatoriedad de la motivación y que ya se habían puesto a disposición del centro los datos necesarios relativos al medio de comunicación. Finalmente, el centro penitenciario denegó la solicitud señalando que «al no presentar motivación que justifique la necesidad de dicha comunicación, no existen garantías suficientes que aseguren el mantenimiento de la seguridad y el buen orden del establecimiento».

Esta denegación fue confirmada posteriormente (a través de diversos recursos) ante un juzgado de vigilancia penitenciaria y la Audiencia Provincial de Córdoba.

2. Un asunto previo: El recurso de amparo mixto

Más allá del análisis de la libertad de información de los reclusos, también se pronuncia el Tribunal Constitucional¹ sobre el carácter mixto del recurso de amparo, al ser este resultado de la acumulación de distintas pretensiones impugnatorias: aquellas que tienen origen en la Administración penitenciaria y aquellas que encuentran origen en la actividad judicial posterior promovida contra la resolución administrativa. En estos casos, como señala el Tribunal Constitucional (en reiteración de doctrina consolidada), «la impugnación del acto administrativo tiene un carácter prioritario». De lo contrario, se perjudicaría a quienes sufren una doble vulneración de derechos, en sede administrativa y en sede judicial (tendrían que retrotraerse los efectos a la sede judicial, y desde esta vía subsanarse el defecto provocador de la lesión administrativa, retardando la tutela del derecho en cuestión).

¹ FJ 2.º

3. Las libertades del artículo 20 de la CE. Titularidad

El contenido de las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución es objeto de una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional. En particular, la STC 6/2020 reitera la doctrina en virtud de la cual las libertades de expresión e información se consideran esenciales en el marco de un sistema democrático. Además, respecto de sendas libertades recalca que es cuando su ejercicio versa sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, «cuando su protección constitucional opera con la mayor eficacia, máxime cuando se ejercitan por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de opinión que es la prensa, entendida en su más amplia acepción»². Por tanto, ambas libertades son objeto de protección reforzada cuando su ejercicio contribuye a la opinión pública libre, constituyendo esta su dimensión institucional. En cualquier caso, se considera que estas libertades, como fundamento indiscutible del orden constitucional español, están colocadas en una posición preferente como objetos de especial protección³.

Asimismo, se acoge la doctrina del Tribunal Constitucional que afirma que las libertades de información y expresión son escindibles, si bien en ocasiones tal separación no es fácil⁴ (de hecho, en el supuesto objeto de análisis se otorga finalmente el amparo por vulneración de ambas libertades). En este sentido, la libertad de expresión se caracteriza por incluir pensamientos, ideas y opiniones (comprendiendo, por tanto, las creencias y juicios de valor)⁵. En definitiva, la libertad de expresión se relaciona con juicios de valor, mientras que la libertad de información se relaciona con hechos. Además, como reitera el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión es más amplia que la libertad de opinión, al no incluir el requisito de veracidad que se establece para la libertad de información (pues el contenido del derecho a la libertad de información se integra por hechos noticiables y veraces). También hace referencia el Tribunal Constitucional a los límites que estas libertades encuentran, en particular, en el respeto a los derechos al honor y la intimidad, por mandato del artículo 20.4 de la CE (si bien también las libertades de expresión e información son «límites naturales» de dichos derechos).

En otro orden de cosas, en esta sentencia el Tribunal Constitucional acoge la doctrina sentada a partir de la STC 6/1981, de 16 de marzo⁶, donde se indicó que la titularidad de los derechos del artículo 20 de la CE no solo corresponde a los periodistas, sino a todos los ciudadanos, incluso en los supuestos en que estos no difundan públicamente el mate-

² FJ 3.º A.a).

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Según el FJ 3.º A, que reitera doctrina consolidada recogida, por ejemplo, por la STC 89/2018, de 6 de septiembre.

⁶ STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.º

rial noticiable de forma directa, sino transfiriéndolo a profesionales de los medios de comunicación para que procedan a su publicación.

Además, en particular, se reitera la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de las libertades de expresión e información de los presos. Por una parte, la titularidad del derecho, como ya había expresado el Tribunal Constitucional en la STC 11/2006, de 16 de enero⁷, corresponde también a los reclusos. Por otra parte, se afirma que su ejercicio puede verse limitado «por el hecho de que los reclusos poseen un *status libertatis* sustancialmente más reducido que el de los ciudadanos libres, que viene definido por lo dispuesto en el artículo 25.2 CE»⁸ (de acuerdo con lo que se verá en el apartado siguiente).

Por último, la relevancia y el nivel de protección de estos derechos, resalta la sentencia, se acentúa en relación con los penados que cumplen condena en un establecimiento penitenciario. En primer lugar, en la medida en que son libertades esenciales para el desarrollo de la personalidad de los internos, resaltada por el artículo 25.2 de la CE. En segundo lugar, en la medida en que son elementales para la reinserción social⁹, finalidad de las penas también recogida por el artículo 25.2 de la CE. Y ello porque «mediante la exteriorización, más allá de los muros del centro penitenciario, de sus pensamientos, ideas y opiniones, así como con la recepción y comunicación de información, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario, y ello le permite mantenerse en contacto con el exterior, y, en definitiva, prepararse para su futura vida en el seno de la sociedad»¹⁰.

4. La limitación de los derechos de los reclusos

4.1. Marco normativo. Requisitos básicos

De conformidad con el artículo 25.2 de la CE, los condenados a penas de prisión que estuvieren cumpliendo la misma gozarán «de los derechos fundamentales este capítulo [capítulo I de la Constitución], a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria».

El «marco normativo constitucional»¹¹ sobre el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los reclusos viene determinado, según el Tribunal Constitucional, en conse-

⁷ STC 11/2006, de 16 de enero, FJ 2.º

⁸ FJ 3.º A.

⁹ No es improcedente recordar que la reinserción social no es un derecho fundamental del penado, según la doctrina constitucional, pero sí una finalidad de las penas, como expone Lamarca Pérez (1994, pp. 81 y ss.).

¹⁰ FJ 4.º B.a).

¹¹ *Ibidem*.

cuencia, por el artículo de la Constitución que contemple el derecho fundamental en cuestión (en este caso, el art. 20 CE) y por el artículo 25.2, «pues es este precepto el que constituye la norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos que adquieren un estatus propio [...] una relación de sujeción especial»¹².

Este marco se completa con el artículo 3 de la LOGP. Este artículo establece que la actividad penitenciaria «se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza». Además, en su apartado uno señala que los internos podrán ejercitar «los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena».

En definitiva, la limitación de los derechos fundamentales de los presos tiene que estar establecida en el fallo condenatorio, en la ley penitenciaria o ser consecuencia del sentido de la pena (esta última previsión plantea más problemas, como se expone en Lamarca Pérez, 1994, p. 85).

A esa necesidad de previsión en alguna de las tres formas señaladas de la limitación del derecho fundamental del interno en cuestión, se añade la exigencia de que la limitación esté motivada de forma suficiente o razonable, como expresa el Tribunal Constitucional¹³ y se estudiará en el siguiente apartado.

4.2. Necesidad de motivación en la limitación de los derechos de los presos. La salvaguarda del buen orden y seguridad del centro

Como se ha expresado, el Tribunal Constitucional incide en que las limitaciones de los derechos de los presos que cumplen condena, además de estar previstas en el fallo condenatorio o la ley penitenciaria, deben estar motivadas de manera suficiente y razonable. Se reitera la doctrina establecida en la STC 175/1997, de 27 de octubre¹⁴, en virtud de la cual «se insiste en la importancia y necesidad de la motivación de los acuerdos restrictivos de derechos en el ámbito penitenciario, no solo porque ello permite acreditar las razones que justificaron la medida, sino, además, porque constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restrin-

¹² *Ibidem*.

¹³ FJ 3.º A.b).

¹⁴ STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4.º

ge o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva»¹⁵. Ello determina, expresa el Tribunal Constitucional, que «la falta, insuficiencia o irrazonabilidad de la motivación afecta a la propia justificación del supuesto habilitante para la restricción del derecho»¹⁶.

Por otra parte, según consolidada doctrina, la limitación de los derechos de los reclusos puede venir justificada por la salvaguarda del buen orden y la seguridad del centro (a la que había apelado la resolución del establecimiento penitenciario denegatoria de la entrevista periodística). Sin embargo, indica la sentencia que la apelación a un interés general de protección del orden y seguridad del establecimiento no puede, por sí sola, legitimar una medida limitativa de derechos de los internos. En cambio, es necesaria una motivación específica sobre la concurrencia de ese peligro para la salvaguarda de la seguridad, de la que carece la resolución del centro.

En particular, en relación con las comunicaciones de los internos (cuya regulación e interpretación por el TC se expone *infra*), el apartado cinco del artículo 51 de la LOPJ recoge específicamente el requisito de motivación, al disponer que «las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente».

4.3. La limitación de las comunicaciones de los presos

El artículo 51 de la LOPJ regula las comunicaciones de los internos, distinguiendo varias modalidades de comunicación y sus regímenes. En el apartado uno se recogen las comunicaciones con familiares, amigos y representantes acreditados de organismos internacionales e instituciones de cooperación penitenciaria, indicándose que los internos «estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria», y ello a excepción de los supuestos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones, según el citado apartado, se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Por otra parte, el apartado dos recoge las comunicaciones con los abogados defensores o los expresamente llamados en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, que «se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo».

¹⁵ STC 6/2020, FJ 3.º B.

¹⁶ *Ibidem*.

Por su parte, el apartado tres establece la regulación de las comunicaciones con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión, determinando que podrán ser autorizadas las comunicaciones siempre que su presencia hubiera sido «reclamada previamente». Este es el apartado que interesa a los efectos del caso, según el Tribunal Constitucional¹⁷. No se establece, como expresa el Tribunal Constitucional, mención alguna a las condiciones de denegación de las comunicaciones, refiriéndose únicamente a su eventual intervención, señalando que podrá producirse «en la forma que se establezca reglamentariamente».

El reglamento penitenciario se refiere a este tipo de comunicaciones en el artículo 49, en términos similares a los recogidos en la ley orgánica. En este sentido, el reglamento señala en el apartado 5 del mencionado artículo que los «Notarios, Médicos, Ministros de Culto y otros profesionales acreditados, cuya presencia haya sido solicitada por algún interno por conducto de la Dirección del Establecimiento para la realización de las funciones propias de su respectiva profesión, podrán ser autorizados para comunicar con aquel en local apropiado». No se hace referencia a la suspensión o intervención de dichas comunicaciones.

Por otra parte, el artículo 43 del reglamento penitenciario dispone, en su apartado primero, que «cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos». Este precepto es aplicable a las comunicaciones con profesionales, dada su generalidad¹⁸. Sin embargo, no existe una previsión legal de las condiciones de la denegación, como resalta el Tribunal Constitucional.

Además, como afirma la sentencia, «la regulación referida a las comunicaciones con ministros de culto y con profesionales acreditados es, de entre todas las referidas a las comunicaciones, la menos garantista, pues no se prevé ni los casos ni las formas en que estas pueden ser denegadas»¹⁹. No obstante, esa exigua regulación no puede ser interpretada (como, según el TC, lo ha hecho en el caso la Administración penitenciaria) en el sentido de que las comunicaciones del artículo 51.3 de la LOTC puedan ser discrecionalmente autorizadas o denegadas por la dirección del centro penitenciario. Y ello porque tal interpretación es «incompatible con la vinculación positiva a la ley de la Administración penitenciaria a la hora de limitar los derechos de los reclusos, de manera que el silencio legal no puede

¹⁷ FJ 4.º A.a).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

entenderse como un espacio de inseguridad jurídica en el que aquella tiene libertad para restringir a su antojo esos derechos, sino, todo lo contrario, como una falta de habilitación para restringirla»²⁰.

4.4. La motivación de la resolución recurrida

Pues bien, como se ha expresado, la STC 6/2020 concluye que la resolución denegatoria de la entrevista con el profesional de la información es vulneradora de las libertades de expresión e información al carecer de los requisitos necesarios para limitar las comunicaciones con profesionales.

En particular, se afirma que no respeta el requisito de motivación. Como expresa la sentencia, la denegación de la comunicación solicitada se justificaba porque «al no presentar (el recluso) motivación que justifique la necesidad de dicha comunicación, no existen garantías suficientes que aseguren el mantenimiento de la seguridad y buen orden del establecimiento». Como se ha expresado ya, sí es doctrina consolidada que la limitación de los derechos de los reclusos se pueda justificar por la necesidad de salvaguardar el buen orden y la seguridad de los centros penitenciarios, y ello porque su garantía es «una obligación esencial de la institución penitenciaria recogida en la legislación penitenciaria». Pero no basta una referencia genérica a dicha salvaguarda, siendo necesaria una motivación específica, como ya se había expresado, *v. gr.*, en la STC 57/1994, de 28 de febrero²¹. La resolución recurrida no explica «motivos "relevantes y suficientes" por los cuales se considera que la seguridad y el buen orden del centro penitenciario se pondrían en peligro de realizarse una nueva comunicación»²².

En adición, la denegación se había justificado por la falta de explicación por el interno de la finalidad de la entrevista que pretendía llevar a cabo. Sin embargo, expresa el Tribunal Constitucional, la remisión genérica a esa falta de explicación no justifica la afectación a los bienes jurídicos de la seguridad y buen orden penitenciarios²³.

En definitiva, no se cumplen los requisitos de motivación en la limitación de las libertades de expresión e información. Ello es suficiente para considerar vulnerados los derechos del interno, si bien la Sala Segunda ahonda también en otras cuestiones por las que se había tratado de justificar la denegación de la entrevista periodística.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.º

²² STC 6/2020, FJ 4.º A.b).

²³ *Ibidem*.

5. El «mal uso» de las libertades de comunicación. La intimidad de otros internos, la falsedad de las declaraciones y el crédito profesional de los funcionarios penitenciarios

El centro penitenciario hizo llegar al juzgado de vigilancia penitenciaria, a solicitud de este, una motivación adicional de la denegación, en la que se intentaron subsanar los vicios impugnados. En esta motivación se indicaba, en primer lugar, que la libertad de expresión del recluso no se había visto afectada porque «había realizado ya una comunicación oral con otro profesional periodista del mismo medio de comunicación el pasado 25/04/2016». En dicha entrevista se revelaron «datos procesales, penales y penitenciarios tanto personales como de otros internos, sin que constara autorización de los mismos»²⁴. Por ello, a juicio de la dirección del centro, se vio afectado el derecho fundamental a la intimidad de estos internos, afirmándose que «podrían dar lugar a protestas que inciden negativamente en el buen orden interior y en la seguridad de los funcionarios, pudiendo alterarse la pacífica convivencia y rehabilitadora del conjunto de internos de este Centro». El Tribunal Constitucional concluye, a consecuencia de esta argumentación, que la denegación de la comunicación «se basa en un pretendido "mal uso" de la libertad de expresión por el recluso en una entrevista previa»²⁵. En la entrevista en cuestión a la que se refiere el Tribunal Constitucional, el interno se había expresado sobre su experiencia en el marco del sistema penitenciario, incluyendo una mención a su hijo –con el que compartía celda– y referencias a torturas sufridas a lo largo de su vida en prisión. El centro penitenciario consideró así que, con dicha entrevista previa, el interno habría excedido los límites de la libertad de expresión, afectando a la intimidad de otros reclusos y al descrédito de la actividad profesional del equipo de tratamiento.

Pues bien, en este contexto señala el Tribunal Constitucional que el contenido de las expresiones vertidas en la entrevista publicada determina que las libertades en pugna gocen de una protección preferente, formando parte del derecho a la sana crítica de las instituciones y funcionarios públicos, que han de soportarlo en el contexto de una sociedad democrática²⁶.

En consecuencia, en primer lugar, en relación con la afectación del derecho a la intimidad, se indica que este no presenta fuerza suficiente para constituir un límite al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información en su dimensión preferente. El artículo periodístico previo únicamente hacía referencia, como se ha reseñado ya, a su hijo, con el que el entrevistado comparte celda en la actualidad (teniendo el padre la legitimidad para transmitir esa información al periodista, al formar parte de su propia «intimidad familiar»)²⁷, y ni siquiera aparecen identificados con nombre y apellidos ni el interno entrevistado ni su hijo.

²⁴ FJ 4.º B).

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ FJ 4.º B.b).

En segundo lugar, se concluye que, en cuanto el descrédito que habrían sufrido los profesionales del equipo de tratamiento debido a las «manifestaciones falsas» vertidas en el artículo, tampoco puede alzarse como límite al ejercicio de las libertades de expresión e información. Y ello porque ni siquiera se aclara por qué esas manifestaciones son falsas, y, además, en muchos casos consistían en apreciaciones subjetivas del interno, del periodista y de otros entrevistados sobre el cumplimiento de la finalidad de reinserción.

Señala también el Tribunal Constitucional que se debe tener en cuenta que es un interno de larga duración y que sus declaraciones se inscriben en el contexto de una queja o reivindicación en relación con su situación penitenciaria que quiere hacer llegar a la opinión pública. A consecuencia de ello, afirma el Tribunal Constitucional que las expresiones vertidas en la misma no son gratuitas y están vinculadas a la finalidad de la publicación²⁸.

Finalmente, tampoco se ha presentado en la resolución ni un indicio de la posible afectación a la seguridad del centro por el descrédito profesional de los funcionarios, que generaría, según la resolución recurrida, «una actitud hostil y de confrontación hacia ellos tanto de internos como de sus familiares», pudiendo dar lugar a protestas que alterasen la pacífica convivencia rehabilitadora de los internos. De nuevo, el Tribunal Constitucional hace referencia a la falta de motivación suficiente en la resolución limitativa de las libertades del interno.

En definitiva, se debe concluir, como hace el Tribunal Constitucional, que el ejercicio de las libertades se muestra en su dimensión institucional como elemento clave para la formación de una opinión pública libre esencial en todo Estado democrático, «conectando así las libertades de expresión del recluso y del periodista con el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz, así como opiniones de diversa índole»²⁹.

6. Las libertades en juego

La sentencia analizada en este comentario concluye que las libertades de expresión e información son vulneradas por el acuerdo denegatorio de la solicitud de comunicación. Como se ha expresado *supra*, el Tribunal Constitucional reitera su doctrina en virtud de la cual ambas libertades se pueden separar y tienen contenidos de distinta extensión, si bien no siempre es fácil delimitarlas. No ahonda en cuál es la libertad predominante en esa pugna en el marco del caso enjuiciado.

Al respecto cabe concluir, igual que el Tribunal Constitucional, que ambas libertades fueron vulneradas. Se podría plantear que *ex ante* a la celebración de la entrevista no se puede saber si contendrá elementos integradores de la libertad de expresión o de información (y

²⁸ FJ 4.º B.a)

²⁹ *Ibidem*.

ello teniendo en cuenta, particularmente, la correspondencia a todos los ciudadanos no solo de la libertad de ser informados, sino también de la de informar). La argumentación adicional del centro penitenciario relativa a la entrevista previa del interno es la que lleva a concluir al Tribunal Constitucional que se vulneran las libertades de información y de expresión, pues la causa de la denegación fue considerar que se había hecho un mal uso de las mismas. Sin embargo, parece más clara la vulneración de la libertad de expresión del interno que la de su libertad de información. Por una razón: como se ha expresado, se considera que la libertad de expresión se corresponde con «opiniones», expresiones subjetivas, mientras que la libertad de información se corresponde con informaciones objetivas, «hechos». En el caso en cuestión, la entrevista previa no recogía tanto elementos objetivos como experiencias y vivencias (eminentemente subjetivas) del interno a lo largo de su vida en prisión. Pese a que el Tribunal Constitucional indica que las expresiones de la entrevista «contienen ciertas informaciones y opiniones»³⁰, predominan claramente las últimas. En todo caso, también concluye el Tribunal Constitucional que se ven afectadas la libertad de información del periodista y, asimismo, el derecho al acceso a la información que corresponde a todos los ciudadanos)^{31, 32}.

7. Conclusión: Censura previa

Todo lo anterior conduce a la Sala Segunda del Tribunal Constitucional a advertir en la resolución recurrida una suerte de censura previa, al haberse impedido de modo injustificado al interno que se expresase en relación con su situación procesal y penitenciaria. La denegación de la nueva comunicación se basó *de facto* en un supuesto «mal uso» de la libertad de expresión e información³³, lo que se deduce (como se ha expresado ya) de las explicaciones de la Administración penitenciaria. Dicha actuación encaja a la perfección con la figura de la censura previa, contemplada en el artículo 20.2 de la CE, que supone (según consolidada doctrina del TC)³⁴ un control previo o *ex ante* de contenidos no amparado constitucionalmente. En cualquier caso, el fin último de la interdicción de censura previa, expresa el Tribunal Constitucional, es prevenir la falta de neutralidad democrática del poder público:

El fin último que alienta la prohibición de toda restricción previa de la libertad de expresión en su acepción más amplia no es sino prevenir que el poder público

³⁰ FJ 4.º B.a).

³¹ FJ 4.º C.

³² Sin embargo, según doctrina y jurisprudencia el contenido del derecho de acceso del público en general a la información es fundamentalmente objetivo, no configurando un derecho subjetivo del público frente a los poderes públicos, sino un mandato de optimización del acceso público a información diversa y plural (AA. VV. 2018).

³³ FJ 4.º C.

³⁴ *V. gr.* STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 5.º

pierda su debida neutralidad respecto del proceso de comunicación pública libre garantizado constitucionalmente, vital para el Estado democrático, disponiendo sobre qué opiniones o qué informaciones pueden circular por él, ser divulgadas, comunicadas o recibidas por los ciudadanos y provocando, con ello, un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades³⁵.

Por tanto, siendo el acuerdo denegatorio de la comunicación una expresión de censura previa, solo cabe concluir que aquel vulneró los derechos a la libertad de expresión e información. Al constituir la interdicción de censura previa un requisito negativo *ex ante* de la limitación de las libertades de expresión e información, no es necesario ponderar ya los bienes jurídicos en juego en los supuestos (como el analizado) en que dicha censura previa entra en juego, como expone la sentencia.

A consecuencia de todo lo anterior, la sentencia declara vulnerados los derechos a la libertad de expresión e información del interno y nulos el acuerdo del centro penitenciario y los autos del juzgado de vigilancia penitenciaria y de la audiencia provincial.

El estatus en extremo vulnerable de los derechos fundamentales de los presos requiere de interpretaciones restrictivas de las limitaciones a los mismos, tanto por la Administración penitenciaria como por los tribunales en la revisión de las decisiones de aquella. La STC 6/2020 sigue esta línea, en cumplimiento de las exigencias constitucionales.

Referencias bibliográficas

AA. VV. (2018). *Lecciones de Derecho constitucional*. Aranzadi Wolters Kluwer. (2.ª ed.). (Libro electrónico).

Lamarca Pérez, C. (1994). Los derechos de los presos. En AA. VV., *Derechos de las minorías y grupos diferenciados* (pp. 73-101). Madrid: Escuela Libre Editorial.

³⁵ STC 6/2020, FJ 4.º C.



El nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de su condición de responsables civiles

Idoya Fernández Marcaida

Abogada

Extracto

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo por vez primera en la Ley Orgánica 5/2010. En concreto, en el artículo 31 bis del Código Penal.

El legislador previó la responsabilidad penal, directa e independiente, de las personas jurídicas respecto de los propios administradores o directivos de la sociedad.

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal vino a solventar las lagunas legales sobre la forma en la que las personas jurídicas debían intervenir en el proceso penal, derivadas de las modificaciones que la Ley Orgánica 5/2010 introdujo en el Código Penal.

Ya en el mes de julio de 2015, entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, última reforma del Código Penal, cuya regulación es la que se expone en este artículo.

Palabras clave: responsabilidad penal; empresa; administrador.

Fecha de entrada: 08-06-2020 / Fecha de aceptación: 03-07-2020

Cómo citar: Fernández Marcaida, I. (2020). El nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de su condición de responsables civiles. *Revista CEFLegal*, 235-236, 95-108.



The new regime concerning the criminal liability of legal persons. An analysis of their condition to be held as civilly liable

Idoya Fernández Marcaida

Abstract

The criminal liability of legal persons was first introduced in article 31 bis of the Spanish Criminal Code by the LO 5/2010.

The lawmakers provided that legal persons could be directly held criminally liable aside from managers and members of the board.

The 37/2011 Act, of 10 October, implementing procedure streamlining, aimed at solving legal loopholes concerning the way legal persons should be brought before court, deriving from the amendments introduced in the Spanish Criminal Code via LO 5/2010.

As late as July 2015, LO 1/2015 entered into force, being the last-to-date Criminal Code amendment. This is the regulation reviewed in the present paper.

Keywords: criminal liability; company; manager.

Citation: Fernández Marcaida, I. (2020). El nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de su condición de responsables civiles. *Revista CEFLegal*, 235-236, 95-108.



Sumario

1. Introducción
 2. Regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica
 - 2.1. Regulación anterior
 - 2.2. Regulación actual
 - 2.2.1. Delitos cometidos por representantes, personas con capacidad de decisión, organización o control
 - 2.2.1.1. Representantes legales y administradores de derecho
 - 2.2.1.2. Personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma
 - 2.2.2. Delitos cometidos por empleados sometidos a la autoridad de los administradores y representantes
 3. *Compliance* y correcta organización empresarial
 - 3.1. Concepto y definición de la figura del *compliance*
 - 3.2. Instauración del *compliance* en España
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

En la actualidad, la normativa española establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, poniendo fin al principio básico y tradicional de nuestro ordenamiento jurídico denominado *societas delinquere non potest*. Uno de los motivos principales para la regulación penal de la persona jurídica se fundamenta en la realidad de que las organizaciones criminales hacen un uso instrumental de las entidades mercantiles con el fin de cometer sus actividades delictivas, así como las dificultades que conlleva la imputación de los sujetos que actúan detrás de una persona jurídica, debido a que la complejidad de sus estructuras dificulta la identificación de la persona física responsable por el hecho delictivo.

Del mismo modo, cabe destacar que la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro ordenamiento viene originada por razones de política criminal derivada de tratados internacionales y del derecho penal de la Unión Europea¹. Sin embargo, esta presión por parte de la comunidad internacional no requería que la regulación de las personas jurídicas se realizara en el ámbito penal, sino que cabía la posibilidad de regularlo por medio de la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídicas con una naturaleza diferente a las penas.

De todos modos, el resultado final ha sido una regulación de la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito penal mediante un sistema de *numerus clausus*, en el que solamente puede llegar a incurrir en responsabilidad penal en los casos que así se encuentre expresamente previsto.

2. Regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica

2.1. Regulación anterior

La responsabilidad de la persona jurídica en nuestro ordenamiento jurídico penal no es algo novedoso, sino que esta se ha reglamentado en nuestro Código Penal a través de formas diversas.

¹ Como, por ejemplo: Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo; Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea; decisiones marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos; Recomendación 18/1988, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa; la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo; etcétera.

La Ley Orgánica 10/1995, que promulgó nuestro actual Código Penal, introdujo, a través del artículo 129², un conjunto de medidas de carácter accesorio que podían llegar a imponerse a una persona jurídica en los casos en los que esta se hubiera utilizado para llegar a cometer un ilícito penal.

Por medio de la aplicación de este artículo, la doctrina comenzó a plantearse la naturaleza de estas consecuencias. Una minoría consideraba que nos encontrábamos ante auténticas penas, y que el principio *societas delinquere non potest* había sido suprimido de nuestro ordenamiento (Bacigalupo, 1998, p. 134 y Carmona Ruano, 1999, p. 78). Entre los motivos para dar tal consideración, estos autores sostenían que tales medidas no tenían un carácter de reparación civil, ni se procesaban a través de la vía administrativa, y no iban dirigidas contra una persona física en concreto. Por ello, y de forma excluyente, consideraban que nos encontramos ante auténticas sanciones de índole penal (Zugaldía Espinar, 2008, p. 266).

Con posterioridad, la Ley Orgánica 5/2010 introdujo importantes modificaciones sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, dejando atrás definitivamente el principio *societas delinquere non potest*, a través de sus artículos 129 y 31 bis. En este sentido, la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica por medio de esta ley venía originada por razones de política criminal, derivada de los tratados internacionales a los que debía atender nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, por medio de esta ley, se introdujo un catálogo cerrado de delitos en los que podía incurrir la persona jurídica como responsable penal.

Así, por medio del artículo 31 bis, añadido por la Ley Orgánica 5/2010, se vino a establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando se hubiera cometido un delito de los catalogados por el Código Penal a través del «administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria». Del mismo modo incurrirían en dicha responsabilidad cuando «han podido realizar los hechos por haberse

² En este sentido, el artículo disponía lo siguiente:

1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso». A tenor del artículo 31 bis.4 se establecía también una serie de circunstancias atenuantes en los casos en los que, con posterioridad a la comisión del delito y, por medio de sus representantes legales, se llevaran a cabo una serie de actividades concretas³.

2.2. Regulación actual

La Ley Orgánica 1/2015 introdujo importantes modificaciones respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, ratificando a la persona jurídica como un posible sujeto activo del delito.

Hay que destacar de entrada que la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede derivarse de cualquier infracción penal, sino que solamente se podrá dar con exclusividad en aquellos supuestos concretos que se encuentren regulados. Como podemos observar, nos encontramos ante un catálogo cerrado de delitos aplicados a través de una cláusula específica para ellos, estableciendo en su precepto regulador: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo se le impondrá la pena [...]»⁴.

En este sentido, podemos encontrar dos formas en las que una persona jurídica incurra en responsabilidad penal por un hecho delictivo. A saber: de un lado, a través del artículo 31 bis de nuestro Código Penal, por medio del cual se establece una doble vía de regula-

³ En este caso, el precepto establece los siguientes: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

⁴ Asimismo, el catálogo cerrado de estos delitos es el siguiente: Tráfico ilegal de órganos (artículo 156 bis), trata de seres humanos (177 bis), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (189 bis), delitos contra la intimidad y allanamiento de morada (197.3), estafas (251 bis), insolvencias punibles (261 bis), delitos informáticos (264.4), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (288), blanqueo de capitales (302.2), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (310 bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis), delitos de construcción, edificación o urbanismo ilegal (319.4), delitos contra el medio ambiente (327), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (343), delitos de riesgo provocado por explosivos (348.3), delitos contra la salud pública (369 bis), falsedad en medios de pago (399 bis), cohecho (427.2), tráfico de influencias (430), corrupción en las transacciones comerciales internacionales (445.2), organización o grupos terroristas (570 quáter.1) y financiación del terrorismo (576 bis.3).

ción, donde por un lado se recoge la imputación de aquellos delitos cometidos en nombre de personas jurídica o por cuenta de las mismas, y en su provecho, cometidos por las personas que tienen poder de representación en las mismas; y de otro lado, por aquellas infracciones derivadas por la falta del debido control por parte de la persona jurídica sobre sus empleados (Morrillas Cueva, 2011).

Por tanto, nos encontramos ante los siguientes supuestos:

2.2.1. Delitos cometidos por representantes, personas con capacidad de decisión, organización o control

Por medio del artículo 31 bis.1 a) del Código Penal, llega a incurrir en responsabilidad la persona jurídica en aquellos supuestos en los que el delito fuera cometido «por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

En este caso, por tanto, el tipo establece los siguientes sujetos activos para incurrir en responsabilidad la persona jurídica:

2.2.1.1. Representantes legales y administradores de derecho

Para la determinación de representante legal debemos atender al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, mediante el cual, a través del artículo 233, se determina la atribución de poder de representación de la sociedad en diversas situaciones⁵.

En este sentido, la doctrina ha dudado de la importancia de la aplicación del concepto de representante legal en este tipo, ya que dicha condición de representación legal ha so-

⁵ A tenor del cual se establece que la atribución del poder de representación se regirá atendiendo a las siguientes reglas: a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a este. b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno. c) En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente. d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto. Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.

lido recaer sobre el mismo administrador de la sociedad, sin perjuicio de las implicaciones que la estructura del órgano de administración pudiera llegar a tener sobre su ejercicio. Asimismo, la doctrina entiende que la voluntad del legislador en este sentido se ha centrado en tratar de evitar en la máxima medida de lo posible las lagunas de punibilidad (Ortiz de Urbina Gimeno, 2011, p. 165).

De esta manera, la figura del representante legal no recae sobre un mero sujeto con una serie de poderes limitados, sino que este recaerá sobre quien ejerza la representación de la sociedad, extendiéndola a la generalidad de los actos que comprenda su objeto social, por lo que debe tener un poder de mando o una capacidad directiva (Molina Fernández, 2015, p. 297).

2.2.1.2. Personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma

Respecto a las personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, debe considerarse como una delimitación a aquellas personas que poseen una capacidad de tomar decisiones por la persona jurídica de una forma general, por lo que se requiere una facultad de gestión de la misma en atención al artículo 209 del Real Decreto Legislativo 1/2010, el cual hace referencia a los administradores de la gestión de la sociedad.

Como podemos observar, se hace referencia a los denominados administradores de derecho (Molina Fernández, 2015, p. 297), los cuales son definidos por nuestra jurisprudencia en sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2006 (rec. núm. 2193/2006) y otra de lo Penal de 29 de junio (rec. núm. 1899/2009), como los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y, en la sociedad anónima, los nombrados por la Junta General o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil.

Por otro lado, respecto a las personas que ostenten facultades de organización y control sobre la persona jurídica, debe entenderse desde un concepto restrictivo, exigiendo que se trate de una persona con poder de mando dentro de la empresa, por lo cual, se hace referencia al denominado administrador de hecho, quien puede llegar a ejercer el mismo poder de decisión que un administrador de derecho (Molina Fernández, 2015, p. 297).

Hay que destacar que la figura del administrador de hecho es una de las más polémicas en la regulación de este tipo.

La introducción de dicho concepto en nuestro ordenamiento jurídico ha registrado un crecimiento constante en los últimos años. Han sido varias las disposiciones legales en las que la atribución de responsabilidad a los administradores se ha realizado señalando tanto a los administradores de derecho como a los de hecho. Pongamos como ejemplo el artículo 31

del Código Penal, o el artículo 43.1 de la Ley general tributaria, recordando por supuesto que esa misma solución fue incorporada a nuestra legislación societaria a través del artículo 236 de la LSC previo a la reforma, y dentro de la Ley concursal. En muchos de los casos, la finalidad legislativa ha sido la misma: extender o aplicar la responsabilidad a quien realmente es el titular del poder de decisión en el seno de una sociedad y, en esa condición, el responsable final del acto ilícito.

En cuanto al ámbito jurisprudencial se refiere, nuestro Tribunal Supremo, por medio de sentencias como la STS 606/2010, de 25 de junio, ha mostrado su preocupación debido a la amplitud del concepto, e insiste en la necesidad de un ejercicio efectivo por parte del sujeto a fin de poder calificarlo de administrador de hecho, ya que la autonomía de este administrador no desaparece cuando se actúa de forma coordinada con el administrador formal u otros administradores de hecho, sino que, en tales casos, ambos son responsables y responden conjuntamente.

La doctrina, por otro lado, ha incidido que no es suficiente con que exista un ejercicio de poder, ya que este puede llegar a realizarlo cualquier cargo directivo dentro de sus competencias, sino que es necesario que exista una posición de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, que permita de una forma individual o conjunta decidir cómo se administra la persona jurídica (Gómez-Jara Díez, 2010). Esta ha sido precisamente la tesis recogida por la STS de 4 de diciembre de 2012 al establecer que:

[son administradores de hecho] quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de estos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición» (sentencias 261/2007, de 14 de marzo [RJ 2007, 1793]; 55/2008, de 8 de febrero; 79/2009, de 4 de febrero; 240/2009, de 14 de abril [RJ 2009, 2897]; y 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también sostiene que hay que diferenciar los administradores, los cuales son órganos de una persona jurídica, de los directivos, los cuales son órganos de la empresa e, independientemente de cuál sea su nivel, son dependientes de los órganos de la persona jurídica. Por ello, tal y como sostiene nuestro Tribunal Supremo en sentencias como la STS 606/2010, de 25 de junio, se debe excluir del concepto de administrador todos aquellos cargos directivos, incluidos los altos cargos, como los directores generales o los directores de departamento, así como los apoderados

y todos aquellos encargados de servicio, los cuales podrán incurrir en la responsabilidad penal de la persona jurídica en los supuestos que establece el artículo 31 bis.1 b).

Por todo lo expuesto, hay que destacar que para que la persona jurídica incurra en responsabilidad penal a través de esta vía, se debe dar una comisión por parte de los sujetos expresados anteriormente de alguno de delitos previstos para la persona jurídica. Asimismo, se requerirá que tal actuación produzca un beneficio propio para la empresa, por lo que, la actuación ilícita debe producirse dentro del marco de las funciones y competencias de los sujetos ejecutantes dentro de la empresa y en provecho de aquella. De esta forma, la doctrina distingue dos tipos de provecho, por un lado, el provecho directo, por el que se trata de obtener un beneficio empresarial; y, por otro lado, un beneficio indirecto, derivado en un segundo plano de la actuación ilícita de los sujetos mencionados, como pudiera ser el caso de un ahorro de costes de la empresa (Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 470).

2.2.2. Delitos cometidos por empleados sometidos a la autoridad de los administradores y representantes

Por medio del artículo 31 bis.1 b), se recoge la responsabilidad penal de la persona jurídica en aquellos casos en los que el delito haya sido cometido por personas físicas que, estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores de derecho o hecho, «han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso». Como se puede observar, se produce un traslado de la responsabilidad por un hecho cometido por personas físicas sin una concreción de las funciones específicas que estas llevan a cabo.

En cuanto al sometimiento a la autoridad, se debe entender este concepto desde una perspectiva amplia, llegando a incurrir en este precepto aquellas relaciones laborales típicas, en las que el trabajador debe cumplir las órdenes del empresario; como aquellos supuestos en los que se trata de un trabajador de una empresa de trabajo temporal que presta sus servicios a una empresa usuaria (Ortiz de Urbina Gimeno, 2011, p. 166).

Respecto a la conceptualización del trabajador desde la perspectiva penal, debemos atender al artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, del Estatuto de los Trabajadores, por el cual se entiende como los sujetos que «voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Asimismo, en el ámbito penal, debemos otorgar una consideración amplia a este precepto, entendiendo que el trabajador será la persona que presta sus servicios a favor de otra, independientemente del carácter ilícito del objeto o la causa del contrato de trabajo o de la regulación aplicable. Por lo que los sujetos a los que se refiere este tipo hacen mención tanto a los trabajadores y directivos, e incluso a todo aquel que actúe bajo las órdenes de los administradores de derecho, de hecho, o representantes legales de la entidad (Morrillas Cueva, 2011, p. 30).

De esta forma, en tales supuestos se dará una relación de efectivo sometimiento a la autoridad de los administradores de hecho o derecho por el que se pueda incurrir en una responsabilidad por parte de la persona jurídica.

Finalmente, como elemento fundamental para incurrir en este tipo penal, debe darse que la realización del hecho delictivo por parte del trabajador se haya llegado a producir a causa de una falta del debido control por parte de la persona jurídica, atendiendo siempre a las circunstancias del caso concreto, por lo cual se debe dar una omisión del deber de vigilancia, similar a la imprudencia grave o con una actuación dolosa directa o eventual (Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 21).

3. **Compliance y correcta organización empresarial**

3.1. Concepto y definición de la figura del *compliance*

El término *compliance* viene adaptado a nuestra cultura empresarial por medio de la aplicación de la normativa ISO 19600, donde a tenor de la misma se determina que se trata de un programa que se aplica para aquellas personas jurídicas que «quieran cumplir con sus obligaciones de buen gobierno». En este sentido, no solamente se hace referencia al cumplimiento de aquellas normas de carácter legal que se imponen a las empresas, sino que también puede llegar a aplicarse a aquellos códigos éticos de conducta, ya sean internos y externos, o a todos aquellos sistemas que permitan controlar cualquier tipo de riesgo (Vegas Aguilar, Hernández Sánchez e Izquierdo García, 2016, p. 2).

De esta forma, los programas de *compliance* pueden definirse como un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las empresas para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y, de este modo, establecer mecanismos internos de prevención y gestión, formación, detección, minimización y control de los mismos (Vegas Aguilar, Hernández Sánchez e Izquierdo García, 2016, p. 2). Esta clase de programas se compone de una diversidad de elementos, cuyo éxito depende en gran medida de la creación de la cultura corporativa basada en el estricto cumplimiento de las normas y políticas éticas de la empresa.

Del mismo modo, es importante destacar la figura del denominado oficial de cumplimiento o *compliance officer*, el cual se encarga de reforzar el cumplimiento de esta clase de programas y permite dotarle de una mayor eficacia a través de realizar las correspondientes funciones de control y de evaluación sobre el mismo, por lo cual, se deberá encontrar en todo momento activo y adaptado a las constantes evoluciones legales (Gutiérrez Pérez, 2015, pp. 2-3). Por ello, entre sus funciones, encontramos la de realización de una auditoría interna y llevar a cabo un completo control de su empresa respecto a su normativa, desarrollada desde una forma independiente (Alcácer Guirao, 2011, p. 49).

Finalmente, cabe destacar que la implantación de estos sistemas de prevención penal en el marco de una empresa tiene una elevada complejidad, la cual hace que requiera la participación de un equipo multidisciplinar que se encuentre actualizado tanto en materia normativa como jurisprudencial, así como que pueda servir como auditoría externa e independiente para el control y supervisión del mismo y para la continua formación de los responsables de la empresa. En este caso, por lo tanto, la empresa podrá decidir si llevar a cabo el *compliance* a través de la creación de un organismo interno a su empresa o, de lo contrario, externalizarlo a una empresa especializada para su creación y supervisión (Alcácer Guirao, 2011, p. 49).

3.2. Instauración del *compliance* en España

En la actualidad, podemos observar que a nivel nacional comienza a conocerse la figura y la cultura del *compliance* en el ámbito empresarial, debido a la nueva regulación de nuestro Código Penal que establece la Ley Orgánica 1/2015. Dicha norma ha venido a establecer una exigente completa sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica a aquellas empresas que antes de la comisión del hecho delictivo hubieran adoptado con eficacia un modelo de prevención penal (Vegas Aguilar, Hernández Sánchez e Izquierdo García, 2016, p. 3). No obstante, debemos recordar que la figura del *compliance* ya se encontraba en nuestro ordenamiento jurídico desde la entrada de la Ley Orgánica 5/2010, en la cual se trataba la figura del *compliance* como una atenuante. Sin embargo, esta no tuvo un gran impulso, ya que en la práctica no se llegó a perseguir a las empresas, y existía una gran desconocimiento e inseguridad por parte de las instituciones de la Administración de Justicia. De esta manera, podemos afirmar que la implantación en nuestro marco empresarial de la figura del *compliance* se ha dado a través de un imperativo legal. En concreto, con motivo de la actual normativa comunitaria (Prada Rodríguez y Santos Alonso, 2014, p. 7).

Cabe destacar que nuestro marco empresarial nacional se caracteriza por una predominación absoluta de pymes, con un volumen de negocio que no suele ser muy elevado⁶, por lo que, en la práctica, puede llegar a dificultar que estos apliquen un programa de prevención penal. Así, es lógico imaginar que las empresas de grandes dimensiones tendrán un mayor riesgo y una mayor exposición para incurrir en esta clase de responsabilidad, por lo que requerirán una mayor prevención en materia de riesgos penales, y la imposición de un eficaz programa de prevención penal e incluso de un *compliance officer* que se asegure del control y cumplimiento de dicho programa.

En este sentido, las empresas nacionales de mayor tamaño han sido las primeras en implantar planes de prevención penal en sus organizaciones, donde un 78 % de las empresas con más de 5.000 trabajadores cuentan con tales planes de prevención, porcentaje que se

⁶ Atendiendo al Directorio Central de Empresas (DIRCE), en el 2018 existían un total de 3.337.646 empresas en España, de las cuales, la gran mayoría eran, y siguen siendo, pymes.

reduce hasta llegar a un 38 % cuando nos referimos a empresas por debajo de dicha cifra de empleados. Así, la tendencia más frecuente de aplicación del *compliance* en estas grandes empresas se centra en la constitución de un órgano especializado y representado de un *compliance officer* (Deloitte, 2016, p. 9).

Por todo ello, podemos observar que todavía no nos encontramos al mismo nivel que otros países en materia de aplicación de *compliance*, debido a la novedad legislativa de esta figura y la caracterización de nuestro tejido empresarial. No obstante, se aprecia un creciente esfuerzo y dedicación por parte de las empresas españolas para prevenir la comisión de cualquier hecho delictivo que pueda derivar de la organización.

4. Conclusiones

- La regulación de la persona jurídica en el derecho penal nacional se dio inicialmente por medio de la aplicación de una serie de medidas accesorias que podían imponerse a esta en los casos en que cometiera un hecho delictivo. No obstante, no fue hasta la Ley Orgánica 5/2010 que se dejó atrás el principio *societas delinquere non potest* por medio del artículo 31 bis del Código Penal.
- El artículo 31 bis del CP, modificado por la Ley Orgánica 1/2015, establece que la persona jurídica puede incurrir en responsabilidad penal por los delitos cometidos por los representantes legales o por aquellos que se encuentran autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma, así como por los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la primera parte de este párrafo, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso.
- La Ley Orgánica 1/2015 trajo importantes modificaciones en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica. Por medio de esta ley se introdujo principalmente la exoneración de la responsabilidad en los casos en los que la empresa tuviera un efectivo plan de *compliance*, y el delito fuera cometido, en nombre de la persona jurídica o, por cuenta de la misma, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica estén autorizados para tomar decisiones en nombre de aquella, u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.
- *Compliance* es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las empresas para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que

se enfrentan y, de este modo, establecer mecanismos internos de prevención y gestión, formación, detección, minimización y control de los mismos.

- La figura del *compliance* en España comienza a instaurarse con cierta lentitud en nuestro marco empresarial. Esta circunstancia es debida a la predominación de pymes con un volumen de negocio no muy elevado, asimismo, todavía no encontramos una mentalidad preventiva en el ámbito penal en el marco empresarial. Ello genera que todavía no nos encontremos al mismo nivel que otros países en materia de aplicación de *compliance*.

Referencias bibliográficas

Alcácer Guirao, R. (2011). Deberes de control y vigilancia. En *Memento Práctico: Penal Económico y de la Empresa*. Santiago de Compostela: Francis Lefebvre.

Bacigalupo, S. S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch.

Carmona Ruano, M. (1999). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Deloitte (2016). *Estudio de Compliance. Conclusiones*.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Responsabilidad de las personas jurídicas. En *Memento Experto. Reforma Penal de 2010*. Madrid.

Gómez-Jara Díez, C. (2010). Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas. *Política Criminal*, 5(10), 455-475.

Gutiérrez Pérez, E. (2015). La figura del *compliance officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal. *Diario La Ley*, 8653.

Molina Fernández, F. (2015). *Memento Penal*. Francis Lefebvre.

Morrillas Cueva, L. (2011). La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anales de Derecho*, 29.

Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2011). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En *Memento Penal Económico y de la Empresa*. Francis Lefebvre.

Prada Rodríguez, M. de y Santos Alonso, J. (2014). El nuevo escenario de la reforma del Código Penal: Los programas de *compliance*. *Diario La Ley*, 8422.

Vegas Aguilar, J. C., Hernández Sánchez F. E. e Izquierdo García, F. (2016). La figura del «*Compliance Officer*» y los «Programas de prevención de riesgos penales». *Diario La Ley*, 8689.

Zugaldía Espinar, J. M. (2008). Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Hacia un derecho penal económico europeo. *Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Universidad Autónoma de Madrid.

Inscripción de finca privativa adjudicada por convenio regulador de un divorcio

Adelaida Medrano Aranguren

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

Extracto

Disolución matrimonial de mutuo acuerdo con decreto aprobando el convenio regulador que adjudica una finca privativa perteneciente a ambos cónyuges en proindiviso al haberse adquirido antes de la celebración del matrimonio, y sin que pueda determinarse qué parte de la finca fue satisfecha con fondos privativos y qué parte con fondos gananciales: imposibilidad registral de inscribir esta adjudicación, ya que la transmisión de bienes privativos en la liquidación de un patrimonio ganancial no puede tener como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. No procede la liquidación de un documento de liquidación de sociedad conyugal cuya efectividad presupone, por tanto, el carácter ganancial de los bienes adjudicados. En el convenio regulador no pueden hacerse adjudicaciones de bienes que ya pertenecen privativamente a uno de los cónyuges en pago de gananciales. No tratándose de vivienda familiar, las transmisiones entre cónyuges ajenas al proceso de liquidación, como las que se refieren a lo adquirido en estado de solteros, constituyen un negocio independiente a formalizar en escritura pública.

Palabras clave: divorcio; convenio regulador; adjudicación de bienes privativos; inscripción registral.

Fecha de entrada: 15-07-2020 / Fecha de aceptación: 30-07-2020

Enunciado

Mediante decreto, de fecha 26 de marzo de 2019, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 8 de Benidorm, en el procedimiento número 673/2018, la disolución del matrimonio por divorcio de mutuo acuerdo entre don M y doña C, aprobándose la propuesta de convenio regulador a los efectos del divorcio aportado al procedimiento, «en cuanto al contenido legalmente exigible», de fecha 10 de mayo de 2018. En el citado convenio regulador se inventariaban dos fincas registrales, una de ellas en Alpedrete, y que se adjudicaba en la liquidación a doña C; y la otra finca, situada en Madrid, perteneciente a la demarcación del Registro de la Propiedad de Madrid número 29, finca que aparecía inscrita en el registro por mitad y proindiviso de ambos excónyuges con carácter privativo y que se adjudicaba a don M.

La segunda, objeto del presente caso, constaba inscrita con carácter privativo a nombre de ambos excónyuges, y del convenio regulador no resultaba qué parte fue satisfecha con fondos privativos y qué parte con gananciales. En el convenio regulador, respecto del domicilio familiar resultaba lo siguiente: «Uso y disfrute del domicilio conyugal. Al haber cesado efectivamente su convivencia conyugal desde hace varios meses, no existe ya domicilio conyugal, por lo que ambos cónyuges viven de forma separada en los domicilios fijados en el encabezamiento» –que eran las fincas que se adjudicaban a cada uno de los excónyuges–. Tampoco resultaba del decreto ni del convenio, ni de forma expresa ni tácita, cuál fue el domicilio familiar del matrimonio, con lo que siendo dos las fincas del inventario y adjudicándose una a cada uno de ellos, no puede determinarse.

Se ha presentado, en el Registro de la Propiedad número 29 de Madrid, el testimonio del decreto citado para su inscripción, siendo rechazada esta con los siguientes argumentos jurídicos: concurre la imposibilidad registral de inscribir esta adjudicación, ya que la transmisión de bienes privativos en la liquidación de un patrimonio ganancial no puede tener como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. No procede la liquidación de un

documento de liquidación de sociedad conyugal cuya efectividad presupone, por tanto, el carácter ganancial de los bienes adjudicados. En el convenio regulador no pueden hacerse adjudicaciones de bienes que ya pertenecen privativamente a uno de los cónyuges en pago de gananciales. No tratándose de vivienda familiar, las transmisiones entre cónyuges ajenas al proceso de liquidación, como las que se refieren a lo adquirido en estado de solteros, constituyen un negocio independiente a formalizar en escritura pública.

¿Puede inscribirse en el Registro de la Propiedad una finca privativa adjudicada a un cónyuge en el decreto que aprueba el convenio regulador?

Cuestiones planteadas:

- El decreto que aprueba el convenio regulador como instrumento de adjudicación de bienes privativos que precisan inscripción registral.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia.

Solución

Debe informarse en el presente caso si es o no inscribible la adjudicación de una finca mediante un convenio regulador, aprobado mediante decreto de divorcio de mutuo acuerdo, en la que concurren las siguientes circunstancias fácticas determinantes: la finca objeto del convenio consta inscrita en el registro por mitad proindiviso, con carácter privativo, a nombre de ambos cónyuges por haberla comprado y adquirido, en estado de solteros, sin que del convenio resulte qué participación en la finca sea de carácter privativo y cuál ganancial. En el convenio regulador, respecto del domicilio familiar resulta lo siguiente: «Uso y disfrute del domicilio conyugal. Al haber cesado efectivamente su convivencia conyugal desde hace varios meses, no existe ya domicilio conyugal, por lo que ambos cónyuges viven de forma separada en los domicilios fijados en el encabezamiento», que son las fincas que se adjudican a cada uno de los excónyuges. Tampoco resulta del decreto ni del convenio, ni de forma expresa ni tácita, si fue el domicilio familiar del matrimonio. El registro suspende la inscripción solicitada respecto de esta finca, porque, dado que aparece inscrita con carácter privativo en favor de los cónyuges, por mitad proindiviso, por haberla comprado en estado de solteros, lo procedente es disolver el condominio en escritura pública ante notario, ya que dada la naturaleza de bien privativo de la finca según resulta del registro, no puede, sin alterar la naturaleza de la sociedad de gananciales, incluirse en el inventario de esta.

Los excónyuges alegan lo siguiente: que aun cuando el bien era privativo por adquirirlo ambos cónyuges antes de la celebración del matrimonio, parte del precio se abonó con cantidades procedentes de la sociedad de gananciales; que la finca adjudicada constituía el domicilio familiar del matrimonio y ahora del excónyuge adjudicatario; que, puesto que

de la vivienda familiar se trataba, y que fue adquirida con bienes en parte gananciales, tiene una causa matrimonial o familiar específica, que aquí también es una causa caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado; que, por lo tanto, basta el mandamiento judicial para la inscripción.

La determinación de si el convenio regulador aprobado judicialmente constituye o no título hábil para la inscripción de los actos realizados en el mismo está sometida a la calificación registral, porque la clase de título inscribible afecta a los obstáculos derivados de la legislación del registro, pues en el artículo 3 de la Ley hipotecaria se prevén diferentes clases de documentos públicos en consonancia con cada uno de los actos a que se refiere el artículo 2 de la propia ley, sin que sean documentos intercambiables, sino que cada uno de ellos está en consonancia con la naturaleza del acto que se contiene en el correspondiente documento y con la competencia y congruencia según el tipo de transmisión de que se trate (conclusión que igualmente es predicable respecto de la calificación de la congruencia de la resolución –en este caso, sentencia de aprobación del convenio regulador en el que se incluye en el activo de la sociedad de gananciales un bien de naturaleza privativa según los asientos registrales– con el procedimiento en que se ha dictado –en este supuesto, divorcio con liquidación de la sociedad de gananciales disuelta en virtud del mismo–). Por eso, es preciso distinguir qué actos o transmisiones cabe inscribir en virtud de un convenio regulador aprobado judicialmente, cuya validez no se discute, y qué actos precisan de una escritura pública otorgada con posterioridad al convenio y sin prejuzgar la validez de este.

Es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Ahora bien, como también tiene declarada la Dirección General de los Registros y del Notariado (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de las particulares que impongan su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Como recordaron las resoluciones de 25 de octubre de 2005 y 16 de junio de 2010, entre otras muchas, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del registro (que gozan *erga omnes* de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional –arts. 1 y 38 Ley hipotecaria–), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador, y así el artículo 3 de la Ley hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley hipotecaria, así como de su reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

Ciertamente, según los artículos 1.216 del Código Civil y 317.1. de la Ley de enjuiciamiento civil, son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los letrados de la Administración de Justicia (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el tribunal o ante él –arts. 281 de la Ley orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de enjuiciamiento civil–); y conforme al artículo 319.1 de dicha ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (cfr., también, art. 1.218 del Código Civil). Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta dirección general, que al exigir el artículo 3 de la Ley hipotecaria para inscribir en el registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras).

Precisando más los límites de la citada doctrina, la Resolución de 22 de marzo de 2010, reiterando otros pronunciamientos anteriores de este mismo centro directivo, y nuevamente confirmada por la Resolución de 11 de abril de 2012, ha señalado que respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. art. 1.323 Código Civil), nada se opone a que estos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente, puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. Puede haber, en ocasiones, un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación –a su favor– de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de esta, con su propia causa. Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal (cfr. arts. 1.397 y 1.404 Código Civil y 18 Ley hipotecaria).

Igualmente, según doctrina también consolidada, el convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código Civil, pues hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por ob-

jeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges, sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. Así resulta indubitadamente de la regulación legal que restringe el contenido necesario del convenio regulador a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial, amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos (arts. 90 del Código Civil y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil citados en los «vistos»). Por este motivo, el propio código restringe la actuación del juez, a falta de acuerdo, a las medidas anteriores (art. 91), como restringe también la adopción de medidas cautelares al patrimonio común y a los bienes especialmente afectos al levantamiento de las cargas familiares (art. 103). Por ello, la liquidación del régimen económico matrimonial y en general del haber común del matrimonio es materia típica y propia del convenio, al igual que aquellos actos relativos a la vivienda familiar.

Fuera de tales supuestos, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (como son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. La diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, deben resolverse en favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza.

Los cónyuges, en ejercicio de su libertad civil, pueden incluir en un único convenio la liquidación del conjunto de sus relaciones patrimoniales, tanto las derivadas de la celebración del matrimonio como cualesquiera otras que pudieran existir entre ellos; incluso puede decirse que con ocasión de la ruptura es lógico y posible que así lo deseen. Pero, como reiteradamente ha sostenido este centro directivo, el hecho de que el convenio contenga un conjunto de acuerdos que excedan de su contenido legal impone su discriminación a efectos de decidir lo que puede como tal acceder al contenido del registro y lo que no. La aprobación de lo que constituye el contenido legal del convenio no puede servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de las particulares que impongan su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Debe tenerse en cuenta que el convenio privado entre las partes, en lo que no es su contenido típico, no queda elevado a público por el hecho de que el juez apruebe u homologue lo que constituye su contenido legal. Fuera de lo que constituye su objeto se siguen las reglas generales y las partes pueden compelerse a elevar a público, en la forma determinada por el ordenamiento jurídico y de acuerdo a los procedimientos legales específicamente previstos, lo que constituyen acuerdos privados (*vid.* Resolución de 26 de junio de 2013). De otro modo se estaría utilizando un procedimiento que tiene un objeto determina-

do para el ejercicio de acciones y pretensiones distintas, que deben conocerse por el juez que tenga atribuida la competencia y por el procedimiento correspondiente (cfr. arts. 44 y ss., 249, 250, 769 y 770 de la Ley de enjuiciamiento civil, y sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio simultáneo de la acción de división de la cosa común respecto de bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa, conforme a la nueva redacción dada al artículo 438 número 3.4.^a de la citada ley de ritos por el apartado doce de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). Como ha reiterado este centro directivo, la existencia dentro del convenio de negocios complejos, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente común se compensa con adjudicación de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de esta, con su propia causa, debe tener su reflejo documental, pero no puede pretenderse su inscripción por el mero hecho de que consten en el convenio regulador de la separación o divorcio cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación del régimen económico matrimonial (cfr. arts. 1.397 y 1.404 Código Civil y 18 Ley hipotecaria).

A la luz de las anteriores consideraciones, solo puede concluirse que la adjudicación de un bien inmueble objeto de comunidad ordinaria adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador, por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 90, 91, 103, 1.216, 1.218, 1.323, 1.397 y 1.404.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 145, 249, 250, 317.1, 769 y 770.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 (Ley hipotecaria), arts. 1, 2, 3, 18 y 38.
- Resoluciones de la DGRN de 25 de octubre de 2005, 16 de junio de 2010, 11 de abril de 2012, 26 de junio de 2013 y 8 de septiembre de 2017.

Tratamiento fiscal de las costas judiciales

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

Extracto

El presente caso práctico incide acerca de la problemática que surge a la hora de realizar, por parte del vencedor de un pleito, la declaración fiscal anual de aquellas cantidades que ha recibido en concepto de costas y que le han sido entregadas por el juzgado como tal vencedor. Las cantidades percibidas por tal concepto han de ser consideradas una ganancia patrimonial conforme al artículo 33 de la LIRPF por la diferencia entre el importe de tales costas fijadas por el tribunal y los gastos en que hubiere incurrido en el proceso judicial en cuanto gastos de asistencia jurídica judicial y extrajudicial en que haya incurrido el obligado tributario. Delimitación de si las costas procesales deben suponer un aumento en la base imponible general declarada en el importe de las ganancias patrimoniales. De tal importe, el vencedor siempre podrá deducirse los gastos en que haya incurrido con motivo del pleito con el tope máximo de deducción del importe que reciba.

Palabras clave: costas judiciales; gastos del proceso; declaración tributaria.

Fecha de entrada: 15-07-2020 / Fecha de aceptación: 29-07-2020

Enunciado

Juan era la parte demandante de un pleito civil en el cual venció, habiendo recibido del juzgado un total de 26.228 euros en concepto de costas judiciales; en su declaración tributaria de IRPF correspondiente al año 2014, Juan declaró como ganancia patrimonial ese importe de costas, tributando por ello conforme a la normativa de IRPF.

Juan ha solicitado una rectificación a su declaración correspondiente a dicho ejercicio fiscal, por entender que tiene derecho a que le sea devuelta una determinada cantidad, ya que de la cantidad recibida por costas, no dedujo los importes que hubo de aplicar como gastos que tuvo al interponer su demanda y restantes gastos adelantados por él a este fin, tanto judiciales como extrajudiciales.

Por la autoridad tributaria se le ha denegado esta rectificación por entender que las costas percibidas por Juan constituyen una ganancia patrimonial, sin que proceda la deducción de los gastos en que efectivamente haya incurrido, debiendo esta ganancia formar parte de la base imponible general del impuesto, al no derivar de la transmisión de elementos patrimoniales conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LIRPF.

Juan quiere impugnar esta denegación de la rectificación solicitada. Informemos sobre la cuestión.

Cuestiones planteadas:

- Las costas judiciales como ganancia patrimonial a declarar en el IRPF del vencedor del pleito. Su tratamiento fiscal.
- Posibilidad de deducir de las costas, los gastos en que el vencedor incurrió durante el proceso. Derecho a la rectificación de la declaración por este motivo.
- Normativa aplicable y jurisprudencia en esta materia.

Solución

Entendemos razonable delimitar primeramente la naturaleza jurídica de la condena en costas, respecto de la cual se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. Así, en el Auto de 9 de febrero de 2012 (recurso de revisión 4239/2009), señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal que:

La condena en costas implica el reconocimiento de un crédito a favor de la parte cuya pretensión procesal ya prosperó y con cargo a quien fue rechazada, compensatorio de los gastos que indebidamente fue obligada a realizar la primera por mor de la segunda.

Sustancialmente es, por tanto, una cantidad debida por una parte procesal a otra, cuya cuantía viene determinada por el conjunto de los desembolsos que es necesario hacer (y no superfluo) en un juicio para conseguir o para defender un derecho.

En el mismo sentido se pronuncia el Auto de 21 de abril de 2016 (recurso de revisión 1071/2015).

Así pues, la titularidad del crédito corresponde a la parte litigante que resulta vencedora en el proceso y obtiene el pronunciamiento a su favor, no al procurador que la representa ni al abogado que la asiste en tal proceso. Así lo expresa el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 10 de abril de 2000 (tasación de costas núm. 472/1998), al señalar que las costas «constituyen un crédito cuyo titular es la parte vencedora, es decir, aquella en cuyo favor se hace ese pronunciamiento, y que corre a cargo de la parte vencida, a quien incumbe la obligación de pagarlas», y en la Sentencia de 2 de noviembre de 2006 (rec. núm. 3214/1999), precisando que «la condena en costas genera un crédito a favor de la parte vencedora y a cargo de la contraria condenada al pago de las mismas, crédito que no corresponde por tanto a quien la representa o asiste».

Es innegable que, al incorporarse al patrimonio del obligado tributario un crédito que no existía con anterioridad, se produce una alteración en su composición, que puede poner de manifiesto una variación en su valor y dar lugar, en su caso, a una ganancia patrimonial sujeta al impuesto. Decimos «en su caso» pues partiendo de la premisa, pacífica, como se ha dicho, de que el crédito que representan las costas procesales viene a compensar los gastos o desembolsos en que se vio obligado a incurrir la parte vencedora en el litigio para hacer valer su derecho, habremos de convenir que solo se producirá una ganancia patrimonial cuando la cantidad recibida en tal concepto sea superior a los importes satisfechos por cualquiera de los conceptos a que se refieren los artículos 241, tanto de la Ley de enjuiciamiento civil como de la Ley de enjuiciamiento criminal.

Aclarado lo anterior, la cuestión controvertida se centra en determinar, a la hora de tributar por el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), si conforme con lo dispuesto

en el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), para la determinación de la ganancia patrimonial que puede suponer para el vencedor del pleito el importe de las costas que le entrega su oponente, que ha sido condenado en costas, puede deducir de ese importe los gastos en que él –el vencedor– incurrió durante el proceso.

Cuestión o cuestiones relativas al tratamiento que a las costas procesales debe dárseles en el IRPF; cuyo examen, toda vez que como –ex art. 13, «Calificación», de la Ley 58/2003– «las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado», debe comenzar por recordar en qué consiste y cuál es la naturaleza jurídica de las «costas procesales» y de la «condena en costas».

Pues bien, lo primero que hemos de advertir es que las costas y la condena en costas tienen, de entrada, una naturaleza procesal, pues dimanan de un proceso, y es en el proceso de que se trate donde se ventila y se resuelve sobre las mismas; por ello, existiendo diversas clases de procesos, cada uno de los cuales tiene sus normas procesales, no todas las costas procesales son iguales, ni alcanzan a los mismos supuestos, ni su imposición tiene exactamente el mismo alcance.

A nuestro juicio, no es adecuado entender que el crédito reconocido en concepto de costas a favor de quien vio estimada su pretensión en el proceso se encuentra totalmente desligado de los gastos en que hubo de incurrir para defender sus derechos e intereses, hacer valer su pretensión y, en definitiva, lograr un pronunciamiento favorable sobre las costas. No se trata de un premio o de un regalo o dádiva que inopinadamente se recibe, sino que, como señala el Tribunal Supremo en los autos citados, se trata de un «de un crédito a favor de la parte cuya pretensión procesal ya prosperó [...] compensatorio de los gastos que indebidamente fue obligada a realizar». Por ello, de seguirse el criterio que propugna la oficina gestora, de considerar que el importe total del crédito reconocido constituye una ganancia patrimonial «no procediendo descontar de su importe los gastos en que haya incurrido el contribuyente», se estaría gravando una supuesta capacidad económica del obligado tributario que realmente no ha existido.

Por ello consideramos que, a los efectos de determinar si se ha producido una variación en el valor del patrimonio del obligado tributario, es necesario aminorar el importe del crédito que le fue reconocido en el importe de los gastos a que se refieren los preceptos citados, siempre que se encuentren debidamente justificados; justificación esta que, por aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba (art. 105 LGT), corresponde al propio obligado tributario.

Las resoluciones de los tribunales económico-administrativos regionales (TEAR), así como las consultas vinculantes de la Administración tributaria, no han participado de estas tesis; así, la Resolución del TEAR de Madrid de 25 de septiembre de 2019 señala que la

jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo considera la condena en costas como generadora de un crédito a favor de la parte vencedora y, por tanto, no pertenece a quien le representa o asiste. Este es el criterio que viene manteniendo la Dirección General de Tributos en la contestación a consultas 0154-05, 0172-05, V0588-05, V1265-06, V0343-09, V0268-10, V0974-13, V2909-14 y la más reciente V3264-17, de fecha 21 de diciembre de 2017, y que este tribunal regional comparte. Así, al considerar beneficiaria a la parte vencedora, la parte condenada no está satisfaciendo rendimientos profesionales a los abogados, procuradores y peritos de la parte vencedora, sino una indemnización a esta última, pues se corresponde con el pago de los honorarios de abogado, procurador y perito en que esta ha incurrido.

Desde esta perspectiva, la incidencia tributaria para la parte vencedora viene dada por su carácter restitutorio de los gastos de defensa, representación y peritación realizados, lo que supone la incorporación a su patrimonio de un crédito a su favor o de dinero (en cuanto se ejercite el derecho de crédito), constituyendo así una ganancia patrimonial, conforme con lo dispuesto en el artículo 33.1 de la LIRPF, según el cual, «son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos».

Respecto de la imputación temporal de las pérdidas y ganancias patrimoniales, el artículo 14.1 c) de la LIRPF establece que «se imputarán al período impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial», circunstancia que, en el presente caso, se entiende producida en el período impositivo en que adquiere firmeza la sentencia que establece la condena en costas.

Por lo tanto, procede desestimar las alegaciones de la parte reclamante, ya que las costas suponen una ganancia patrimonial, como bien consignó en su declaración del IRPF del ejercicio 2014, sin que proceda ahora su rectificación.

Mientras que en la suya de 30 de noviembre de 2016 el TEAR de Castilla y León lo hizo como sigue:

SEGUNDO.- La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dispone en el artículo 33 que «son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos», y señala en el artículo 37.1 l) que «en las incorporaciones de bienes o derechos que no deriven de una transmisión, se computará como ganancia patrimonial el valor de mercado de aquellos».

Sobre la base de estos preceptos, y siguiendo el criterio establecido por la Dirección General de Tributos en diversas consultas vinculantes, entre ellas las consultas V1794-08, V1356-12 y V2937/13, que se citan, considera la oficina gestora que el importe percibido

por el obligado tributario de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, como consecuencia de la condena en costas impuesta en la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º ... de Valladolid, recaída en el procedimiento núm. .../2008, constituye una ganancia patrimonial sujeta al impuesto sobre la renta de las personas físicas, que formará parte de la base imponible general, sin que proceda descontar de ese importe los gastos en que hubiese incurrido el contribuyente, lo que por otro parte no se ha acreditado. El reclamante muestra su disconformidad con este criterio, pues considera que no se ha puesto de manifiesto ninguna capacidad económica por su parte, en tanto que el procedimiento le supuso tener que hacer frente a unos gastos que ni siquiera el pago de las costas cubrió en su totalidad.

En la consulta vinculante núm. V1356/12, de 22 de junio, y ante la cuestión planteada en relación con el tratamiento fiscal que se debe dar a las cantidades percibidas en concepto de costas «cuando la consultante ha gastado cantidades superiores en letrado y procurador», la Dirección General de Tributos señala en su contestación que «la incidencia tributaria para la consultante viene dada por su carácter restitutorio del gasto de defensa y representación realizado por la parte vencedora en un juicio, lo que supone la incorporación a su patrimonio de un crédito a su favor o de dinero (en cuanto se ejercite el derecho de crédito), constituyendo así una ganancia patrimonial, conforme con lo dispuesto en el artículo 33.1 de la LIRPF, sin que proceda la deducción de los gastos en que efectivamente ha incurrido la consultante en la interposición de la reclamación judicial», añadiendo que «esta ganancia patrimonial formará parte de la base imponible general del impuesto al no derivar de la transmisión de elementos patrimoniales conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LIRPF». En parecidos términos se pronuncia en la contestación a las consultas vinculantes núm. V1794/08, de 9 de octubre, núm. V0272-16, de 25 de enero, y núm. V0675-16, de 18 de febrero.

Por otro lado, en la consulta vinculante núm. V2937/13, de 2 de octubre, y siendo la cuestión planteada la consideración como pérdida patrimonial a integrar en la base imponible de las cantidades satisfechas por la condena en costas de la consultante, la Dirección General de Tributos considera que «debe distinguirse el pago de las costas procesales propias de las correspondientes a la otra parte» y señala que «las primeras responden a la aplicación por parte del contribuyente de su renta a su propio consumo, y, por tanto, no procede su cómputo como pérdida patrimonial de acuerdo al artículo 33.5.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas» y «en cuanto a las segundas, debe concluirse que el pago a la otra parte de las costas procesales comporta una alteración en la composición de su patrimonio para el obligado al pago, produciéndose una variación en su valor, variación o pérdida que, dado el carácter ajeno a la voluntad del consultante que tiene el pago de estas costas, nos lleva a excluir su posible consideración como un supuesto de aplicación de renta al consumo del contribuyente, es decir, no se trata de una pérdida debida al consumo, por lo que, al no tratarse de este caso ni de ningún otro de los que el mencionado artículo 33.5 de la Ley del impuesto excepciona de su cómputo como pérdida patrimonial, procede concluir que el pago de las mencionadas costas comporta para el consultante una pérdida patrimonial». En los mismos términos se pronuncia en la contestación a la consulta vinculante núm. V0999-16, de 14 de marzo.

No obstante, la cuestión debemos entenderla resuelta con la Resolución de 1 de junio de 2020 del TEAC, de acuerdo con la cual, conforme con lo dispuesto en el artículo 33.1 de la LIRPF, para la determinación de la ganancia patrimonial que puede suponer para el vencedor del pleito la condena a costas judiciales a la parte contraria, el litigante vencedor podrá deducir del importe que reciba en concepto de costas los gastos en que haya incurrido con motivo del pleito, importe deducible que podrá alcanzar como máximo el importe que reciba, sin superarlo; con lo que, si se le resarcan todos los gastos calificables de costas, en puridad no habrá tenido ganancia patrimonial alguna.

Juan debe verse beneficiado por la rectificación que solicita.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), art. 241.
- Ley 58/2003 (LGT), art. 105.
- Ley 35/2006 (IRPF), arts. 14 y 33.
- STS de 10 de abril de 2000.
- AATS, Sala 1.^a, de 2 de noviembre de 2006, 9 de febrero de 2012 y 21 de abril de 2016.
- Resolución del TEAC de 1 de junio de 2020.
- Resoluciones del TEAR de Castilla y León de 30 de noviembre de 2016, de Murcia de 11 de enero de 2019 y de Madrid de 25 de septiembre de 2019.

Impago de las cuotas de una comunidad de propietarios: prescripción de la acción de reclamación

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Los gastos comunes en toda comunidad de propietarios deben satisfacerse mensualmente para no sobrecargar a los propietarios, en muchos casos economías familiares, ya que en ese caso podrían verse abocados a sufrir reclamaciones cuantiosas. Por ser una obligación esencial, su impago, salvo casos justificados, generará una acción a través de la que se tratará de obtener la cantidad impagada. Sin embargo el hecho de que la comunidad de propietarios se demore en exigir el pago de la deuda es un acto difícil de comprender, por lo que el transcurso del plazo de cinco años para entablar la acción de reclamación judicial podría determinar que solo fuera estimable en parte, si alguna acción para exigir alguna de las cantidades debidas ha prescrito.

Palabras clave: propiedad horizontal; gastos comunes; cuotas comunitarias; acción de reclamación.

Fecha de entrada: 09-07-2020 / Fecha de aceptación: 28-07-2020

Enunciado

El propietario de un piso de una comunidad de propietarios de la localidad deja de pagar desde hace ocho años las cuotas de la comunidad de propietarios, por lo que en el presente año la comunidad decidió entablar la acción de reclamación correspondiente, solicitando el pago de todo lo debido desde ese momento, que ascendía a más de 7.000 euros, a través de la oportuna demanda a través de un procedimiento ordinario. El demandado se opone a la demanda siendo, no obstante, condenado a la cantidad correspondiente a los cinco años anteriores, que ascendió a 4.800 euros. La comunidad de propietarios recurre la sentencia y la audiencia le da la razón y concede al recurrente la cantidad inicialmente reclamada, aplicando otro precepto del Código Civil, que fija el tiempo de prescripción mayor de cinco años. El propietario decide recurrir en casación por entender que lo que procede es aplicar el periodo de cinco años el plazo de prescripción de la acción.

Cuestiones planteadas:

1. Reclamación del pago de las cuotas de la comunidad de propietarios; prescripción de la acción.
2. Conclusión.

Solución

1. El supuesto que se plantea en el caso sucede, de manera más o menos habitual, cuando se trata del pago de la obligación del propietario de viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal, que deja de abonar la contribución a la que está obligado para el sostenimiento de los servicios que se prestan en estas comunidades, sobre todo en las épocas de recesión económica, pero no solo en esos casos.

Esos incumplimientos, y con el fin de que las comunidades de propietarios no se vean perjudicadas, han dado lugar a que el legislador haya establecido procedimientos especiales para obtener de manera rápida las cantidades no satisfechas, como ocurre con el procedimiento monitorio, que regulado en el artículo 812 y siguientes de la LEC, dispone que:

1. Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, cuando la deuda se acredite de alguna de las formas siguientes: [...]
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dicho apartado, podrá también acudirse al proceso monitorio, para el pago de tales deudas, en los casos siguientes: [...]
- 2.º Cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos.

Debe decirse que los órganos de administración de esas comunidades de propietarios han de ser diligentes para evitar que se produzcan esas faltas de pago, pues no se olvide que las comunidades de propietarios sostienen todos los gastos que afrontan con los ingresos que se perciben con las cuotas a las que cada propietario esté obligado, y su impago puede provocar problemas en la propia comunidad, y siempre deberá evitarse que por razones del transcurso del tiempo, hasta que se decide acudir a una reclamación judicial, esa demora haga imposible el pago si ha transcurrido el plazo de prescripción aplicable. En este aspecto debe mencionarse que no se establece un plazo legal de prescripción específico para este supuesto, ni en la Ley de propiedad horizontal, ni en el Código Civil, por lo que han de aplicarse las normas generales de prescripción.

Al presente supuesto será de aplicación, en primer lugar, el artículo 9.1 e) de la Ley de propiedad horizontal que dispone que «es obligación de cada propietario [...] e) contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización», que como se ha dicho no fija el plazo de prescripción objeto de aplicación a estos supuestos.

En el supuesto que se propone, la comunidad deja pasar ocho años para entablar el procedimiento correspondiente, procedimiento en reclamación de las cantidades debidas por el propietario, y se hace a través del procedimiento ordinario, lo que es normal a la vista de la deuda generada.

Asimismo, se establece que hay sentencias dispares, ya que de una parte en primera instancia el juez condena solo a una parte de la cantidad reclamada, mientras que, por otro lado, tras el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia, la audiencia condena al demandado a la cantidad solicitada en la demanda; es decir, las sentencias aplican plazos distintos de prescripción.

Por eso, se plantea el demandado recurrir o no en casación, y debe decirse que, ante la existencia de criterios diferentes en las audiencias provinciales respecto de plazo que debe aplicarse en estos supuestos, no hay un criterio uniforme, lo que podría ser conveniente a la hora interponer el recurso por interés casacional, al existir contradicción de doctrina entre diferentes audiencias provinciales, ya que unas aplican el artículo 1.964 segundo apartado o el 1.966 (tercer apartado), ambos del Código Civil. Es verdad que estas sentencias de las audiencias, con carácter general, son anteriores a la reforma que experimentó el Código Civil en materia de prescripción en el año 2015.

El artículo 1.964.2 establece que «las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan», que fue modificado por disposición final primera de la Ley 42/2015, de modificación de la Ley de enjuiciamiento civil. El plazo de prescripción de las acciones personales del artículo 1.964 del Código Civil es de 15 años, poniendo en relación el artículo 1.964 con el artículo 1.939 del Código Civil, en aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre: «El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.939 del Código Civil».

Por su parte el artículo 1.939 del Código Civil señala que «la prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuese puesto en observancia transcurriera todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso». Desde la entrada en vigor de la modificación operada por la citada Ley 42/2015, el 7 de octubre de 2015, deberá observarse si han transcurrido o no los cinco años.

Por ello, tras la reforma mencionada por la Ley 42/2015, «las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan», pero en este caso ha de tenerse en cuenta el régimen transitorio que para la aplicación de ese nuevo plazo de prescripción más corto contiene la citada Ley 42/2015, en su disposición transitoria quinta. En la misma bajo el título «Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes» se establece que: «El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.939 del Código Civil», según el cual «la prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo».

Así resulta del criterio general que el plazo aplicable a la prescripción en cada caso se rige por la ley vigente en el momento en que esta comenzó a producirse: existirían dos pla-

zos, uno de 15 años, que sería aplicable a las anualidades hasta mayo de 2015, y un segundo plazo, según su apartado segundo, que contiene una excepción a esta regla general según la cual se considera la prescripción cumplida si la nueva ley acorta el plazo de prescripción de la antigua y dicho nuevo plazo transcurre por entero tras la puesta en vigor de la ley nueva. Es por ello que, el día inicial del cómputo del nuevo plazo de cinco años ha de situarse en la fecha de entrada en vigor de la nueva ley y, en este caso, es evidente que ese nuevo plazo de cinco años ha transcurrido para una parte de los impagos, concretamente con aquellos impagos anteriores a 2015, y cuya prescripción se habría consumado, pero no para el resto de impago que tuvieron lugar en 2015 y a partir de ese año.

Desde el punto de vista de la aplicación del artículo 1.966.3, a cuyo tenor por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes: «3.º la de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves» y que, según la doctrina, está íntimamente ligada con la condena de la usura y trata de impedir la capitalización, se trata de una norma inspirada en el *favor debitoris*, pues a través de ella se pretende impedir que los deudores se vean perjudicados mediante una continua y sucesiva acumulación que puede incluso en ocasiones conducirles, a través de elevadas demandas judiciales y el embargo de sus bienes, a la ruina; porque si el pago distanciado y periódico de las pequeñas sumas es algo que cabe dentro de las posibilidades económicas del deudor, la conversión de un cúmulo de posibilidades temporalmente distanciadas en una única deuda acumulada de mayor importe, por obra de la voluntad del acreedor que deja intencionadamente de reclamar las prestaciones durante algún tiempo, puede conducir a graves perjuicios. Tales consideraciones no han de perder su efectividad por el lógico rechazo social que produce el hecho de la existencia de deudores morosos en las comunidades de propietarios. Son los responsables en cada caso de dichas comunidades –presidente y administrador– quienes han de velar por el cumplimiento adecuado de tales obligaciones y quienes, en su caso, deberán responder ante la comunidad a la que administran y representan.

2. En el presente caso, el condenado por la audiencia debería interponer el recurso de casación, con base en el interés casacional, ya que si la demanda se presentó reclamando las cantidades debidas desde el años 2012, momento en que se inician los impagos, al haberse modificado la regulación de la prescripción por la Ley 42/2015, deberán distinguirse las deudas por impagos desde enero de 2012 y hasta la entrada en vigor de la ley mencionada, cuyo plazo es de 15 años, y el que se determina desde la entrada en vigor de esta que comienza a transcurrir el plazo de 5 años. En este caso, lo normal sería que se dictara sentencia acogiendo el recurso de casación y condenar al demandado en las cantidades que no hubieran prescrito a la entrada en vigor de la nueva ley, por lo que reduciría la cantidad, probablemente a la determinada por el juez de primera instancia. Es decir, se consideraría prescrita la reclamación de las cantidades anteriores a 2015 en el momento en que hubieran transcurrido los cinco años, sin embargo no sería aplicable la prescripción respecto del resto de cantidades, que serían a las que debería ser condenado el demandado.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.939, 1.964.2 y 1.966.3.º.
- Ley 49/1960, de 21 de julio (LPH), art. 9.1 e).
- SSAP de Madrid de 18 de octubre de 2018 (Sección 9.ª), 12 de abril de 2019 (Sección 18.ª) y 23 de enero de 2020 (Sección 12.ª); de Málaga de 28 de marzo de 2019 (Sección 4.ª), y de Salamanca de 18 de diciembre de 2019.

La partición hereditaria

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Puede acudir a la partición judicial del artículo 1.059 cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición.

El efecto que produce la partición hereditaria es la determinación concreta de qué bienes corresponden a cada uno de los partícipes, lo que significa la sustitución de la cuota por la titularidad exclusiva sobre los bienes.

El artículo 1.068 otorga la propiedad exclusiva de los bienes a los coherederos sobre los que antes del fallecimiento solo se tenía un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia, por lo que ninguna infracción del precepto se produce cuando se reasigna el bien respetando la igualdad. Las donaciones en vida deben ser reducidas porque perjudican la legítima de los herederos forzosos.

La garantía del pago no puede estar sujeta a plazo y por eso parece más conveniente entender que, fallecido el testador, una vez abierta la herencia, surge la obligación de pago.

Palabras clave: sucesiones; testamentos; partición hereditaria.

Fecha de entrada: 07-07-2020 / Fecha de aceptación: 28-07-2020

Enunciado

El testador hace testamento y otorga a algunos de los hijos la legítima estricta o la mejora. Establece legados de parte alicuota instituyéndolos «por partes». Efectuadas las adjudicaciones, uno de los coherederos solicita la readjudicación de una finca por existir desequilibrio, a su parecer, entre el valor de las cuotas de los demás y la suya, alegando la desigualdad de trato por el testador. De otro lado, el testamento contempla donaciones que los herederos consideran efectuadas en su fraude, pues, al parecer, parte importante del patrimonio del finado ha ido a parar, no a los herederos-representados por el partidor, ni siquiera a los legitimarios, sino más bien a terceros que no son ni legitimarios ni legatarios. De ahí que soliciten la nulidad de las mismas por haber sido realizadas en fraude de herederos, al considerarlas parte del caudal relicto que debe ser computado dentro de la herencia, porque son herederos voluntarios, además de legitimarios. Finalmente, en el testamento se establece el pago de la legítima a los descendientes comunes por el cónyuge fiduciario. Los legitimarios entienden que el momento de la obligación de pago surge con la apertura de la sucesión y la fijación del importe de la legítima. Sin embargo, sucede que en este caso el testador deja a la voluntad de su cónyuge supérstite la determinación del referido ejercicio de las facultades conferidas, inclusive en su propio testamento.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Puede entenderse, en este caso, bien hecha la partición del testador, en el sentido del artículo 1.056 CC, y, por tanto, soslayarse la judicial?
2. ¿La partición extingue la comunidad hereditaria?
3. ¿Es justa la reclamación de la reasignación de la finca a uno de los herederos, o se vulnera el artículo 1.068 del CC en tanto concluye que la partición hecha sirve para adjudicar la propiedad del bien al heredero adjudicatario, según la partición?
4. ¿Las donaciones descritas pueden ser consideradas parte del caudal relicto a computar dentro de la masa hereditaria? ¿Son fraudulentas?
5. ¿En qué momento surge la obligación del pago de la legítima, habida cuenta de que el testador faculta a su cónyuge fiduciario para esta cuestión de manera indeterminada?

Solución

1. ¿Puede entenderse, en este caso, bien hecha la partición del testador, en el sentido del artículo 1.056 CC, y, por tanto, soslayarse la judicial?

El artículo 1.056 CC dice así: «Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos».

¿La partición descrita no perjudica la legítima de los herederos forzosos? Decimos en el caso que el testador mejora a unos en detrimento de otros. Nos queda, por tanto, la duda porque leemos «instituye herederos "por partes iguales" a varios de ellos, pero no a todos». Pues bien, este precepto contempla la partición de los bienes hecha por el testador, en actos *inter vivos* o *mortis causa*, y hay que pasar por ella en la medida en que no perjudique a la legítima de dichos herederos forzosos. La partición estará bien cuando fije las cuotas para cada heredero, determine los legados e identifique los bienes de cada cual, y tiene eficacia desde el fallecimiento del causante (sentencias de 4 de febrero de 1994, 21 de diciembre de 1998 y de 7 de septiembre de 1998). Sin embargo, no es el caso presente, en que tanto testador, en su testamento, otorga a determinados hijos la legítima estricta, o la mejora y establece legados de parte alícuota e instituye herederos «por partes iguales» a algunos de los hijos. Es por ello que no cabe pensar en una partición equitativa al uso del precepto. Puede, por consiguiente, acudirse a la partición judicial del artículo 1.059: «Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de enjuiciamiento civil».

2. ¿La partición extingue la comunidad hereditaria?

Puede suceder, también, que la partición extinga la comunidad hereditaria al concretar derechos y cuotas en títulos concretos de adjudicación de bienes, mediante una operación aritmética que busca la igualdad (sentencias de 13 octubre de 1989, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, de 13 de marzo de 1991, 3 de febrero de 1999, 28 de mayo de 2004, 3 de junio de 2004, 12 de febrero de 2007 y 26 de enero de 2012). Como dice la muy ilustrativa sentencia del Tribunal Supremo (Civil), Sec. 1.^a, de 28 de mayo de 2015, núm. 300/2015, rec. núm. 1355/2013:

La partición o división del caudal hereditario se presenta, como en este caso, cuando concurren más de un heredero o legatario de parte alícuota; es causa de extinción de la comunidad hereditaria. El efecto que produce –conforme a la doctrina de la naturaleza sustitutiva o especificativa de la partición– es la determinación concreta de qué bienes corresponden a cada uno de los partícipes –herederos o

legatarios de parte alícuota–, lo que significa la sustitución de la cuota por la titularidad exclusiva sobre los bienes concretos que le son atribuidos a cada uno. Esta doctrina es la imperante en la jurisprudencia más reciente.

3. ¿Es justa la reclamación de la reasignación de la finca a uno de los herederos, o se vulnera el artículo 1.068 del CC en tanto concluye que la partición hecha sirve para adjudicar la propiedad del bien al heredero adjudicatario, según la partición?

Bien entendida la partición desde la óptica del artículo 1.056 como desde el 1.059, al final, en ambas, debe imperar la igualdad en la distribución. Los lotes, las cuotas, los bienes en concreto son la consecuencia de la operación aritmética; porque la partición no es más que una operación aritmética que traduce el derecho en un bien y lo convierte en un título a favor de uno de los herederos. La respuesta, por tanto, es obvia, esa reasignación será válida si no contraviene la voluntad del testador y el objeto principal de la partición, donde debe imperar la igualdad de distribución entre todos los herederos. Cuando uno de los herederos reclama porque se ha vulnerado el principio de igualdad, la distribución de los bienes según un idéntico valor, su petición puede ser atendida, por consiguiente, pero respetándose los parámetros aludidos. Y se contraviene la naturaleza del artículo 1.068 del CC cuando nos dice: «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados», porque no se mantendría la titularidad inicial de la adjudicación, aun cuando el motivo de la partición es precisamente la adjudicación del bien y la adquisición de la propiedad del mismo.

Dicho lo anterior, en contestación a la última observación de la primera pregunta sobre la adjudicación del bien y la interpretación del artículo 1.068 del Código Civil, la jurisprudencia precisa la dicción siguiente del precepto («la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados»), que acoge la doctrina «que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos», pues esa manera de entender la propiedad está en consonancia con el resto de los preceptos que la contemplan, por ejemplo, cuando el propio código establece que «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante (art. 440), o «que los efectos de la buena fe del causante aprovechan al heredero desde el momento de su muerte (art. 442)», o que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo del fallecimiento en todos sus derechos y obligaciones (art. 661)». Por ello, porque el artículo 1.068 otorga la propiedad exclusiva de los bienes a los coherederos sobre los que antes del fallecimiento solo se tenía un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia, por lo que ninguna infracción del precepto se produce cuando se reasigna el bien respetando la igualdad, y sin perjuicio de entenderse –lo cual será objeto de otra pregunta del caso– que, efectuada la partición, sus efectos retroactivos se retrotraigan al momento de la apertura de la sucesión que coincide con el fallecimiento del *de cuius*.

4. ¿Las donaciones descritas pueden ser consideradas parte del caudal relicto a computar dentro de la masa hereditaria? ¿Son fraudulentas?

Para contestar adecuadamente a esta cuestión, procedemos a transcribir el artículo 636: «Ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida».

Como leemos en el caso, los herederos consideran que esas donaciones son inoficiosas y deben computarse dentro del caudal relicto. Si el heredero es voluntario, debe recibir algún caudal hereditario, y si este se ha enajenado a terceros ¿puede considerarse, al hilo de los preceptos citados, como fraudulento?

Si el artículo 659 establece que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte», eso significa que el heredero voluntario tiene un título en abstracto sobre los bienes que no se extinguen a la muerte del testador, el cual actúa con libertad respecto de su patrimonio. Pero en el legitimario se contempla la naturaleza legal de su derecho en el artículo el artículo 807 del CC, al referirse a ellos en los siguientes términos: son «herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. Y el viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código». Por tanto, estos, y solo estos, son los legítimos, y observamos que en el caso se mezcla por el heredero su condición de voluntario o forzoso y legitimario sin distinción. Pero, hecha esta aclaración, es evidente que legitimarios son los que reclaman por las donaciones a terceros de parte del patrimonio del causante. Por ese motivo entra en juego el artículo 636 (trascrito más arriba) con su limitación de donaciones y su denominación de inoficiosas. El testador, por consiguiente, está limitado en sus facultades dominicales. Con la expresión «ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento», la jurisprudencia entiende que el precepto se refiere a los legitimarios; de donde se infiere que la limitación de donaciones no opera cuando no existen y sí cuando hay herederos forzosos. Las donaciones válidas no forman parte del caudal relicto. Por otra parte, se aplicará el artículo 818 del CC, en su párrafo segundo, que establece «que vez determinado el valor de dicho caudal, se agregará el de las donaciones colacionables», mediante una simple operación aritmética que no precisa de la aportación material de los bienes a colacionar, solo el valor de los mismos para calcular las legítimas y las mejoras, que va a servir para la reducción de las donaciones inoficiosas (art. 654 CC). En definitiva, en el supuesto práctico, los herederos forzosos tienen derecho a quejarse y a considerar que la disposición del causante lo fue en fraude del artículo 636, debiendo reducirse y computarse a los efectos del cálculo de la legítima y de la colación, siendo parte del caudal, de la masa hereditaria a tener en cuenta. Pero no pueden reclamar los frutos obtenidos en vida por el donatario, pues como establece el artículo 654, «las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso»; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para

que el donatario haga suyos los frutos. Además, el artículo siguiente, el 655, nos especifica claramente que solo los que tienen derecho a la legítima pueden pedir la reducción de las donaciones. La cuestión queda, por consiguiente, resuelta y esas donaciones en vida deben ser reducidas porque perjudican la legítima de los herederos forzosos. Son parte del caudal relicto. El problema es de simple interpretación, no se puede confundir al heredero voluntario con el legitimario, como así hace el caso; pero, una vez hecha esa aclaración, debe prosperar la solicitud de fraude en las donaciones en vida del causante, pues no se puede vulnerar un derecho legal tasado por el artículo 636 del CC.

5. ¿En qué momento surge la obligación del pago de la legítima, habida cuenta de que el testador faculta a su cónyuge fiduciario para esta cuestión de manera indeterminada?

El artículo 831 del CC nos ilustra y nos despista con relación a esta pregunta. Veamos:

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

El artículo anterior nos dice que «las facultades de mejorar no pueden encomendarse a otro». A simple vista, el cónyuge puede estar facultado para, en favor de los hijos legítimos, establecer mejoras, adjudicaciones o atribuciones de bienes o participaciones. En este caso se nos dice que el testador ha facultado al cónyuge fiduciario para el pago de la legítima, y los herederos se están planteando cuándo surge esa obligación. ¿En el momento en que lo decida el cónyuge? ¿Cuando él actúe a su discreción? Si seguimos leyendo el precepto indicado, el 831, en el párrafo tercero, si bien se expresa así: «El cónyuge, al ejercer las facultades encomendadas», no dice cuándo ha de hacerlo. Parece entonces que no hay límite temporal, ni de inicio ni de fin del ejercicio de la obligación. Una parte de la doctrina considera que hay que hacer una interpretación flexible del precepto y considerar que el plazo puede ser de dos años, según se indica en el párrafo 1.º del precepto («tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión»), hasta el momento del otorgamiento del testamento por el cónyuge fiduciario. ¿Es entonces la apertura de la sucesión el momento determinante? ¿Es otro el momento? Como dice la STS de 24 de mayo de 2019, núm. 293/2019, rec. núm. 845/2016: «En aplicación de los principios del sistema sucesorio del Código Civil, hay que resaltar que la legítima estricta (entre otros, arts. 806, 808 y 815 CC) constituye un derecho básico del legitimario cuyo pago no puede quedar sujeto a plazo por el testador, salvo en los casos que, expresamente, lo disponga la propia norma». Si hay algo que parece evidente es que, por un lado, están las facultades del cónyuge conferidas por el testador y, por otro, que se deban desarrollar sin perjudicar a las legítimas estrictas.

Con esto se quiere decir que no puede haber un plazo o demora. No es de recibo que se pueda incluso esperar a que el cónyuge fallezca. La garantía del pago no puede estar sujeta a plazo y por eso parece más conveniente entender que, fallecido el testador, una vez abierta la herencia, surge la obligación de pago.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- SSTS de 13 de octubre de 1989; 21 de mayo de 1990; 5 de marzo de 1991; 13 de marzo de 1991; 3 de febrero de 1999; 28 de mayo de 2004; 3 de junio de 2004; 24 de mayo de 2005, núm. 293/2019, rec. núm. 845/2016; 12 de febrero de 2007; 23 de diciembre de 2011, rec. núm. 554/2009; 26 de enero de 2012; y 28 de mayo de 2015, núm. 300/2015, rec. núm. 1355/2013.
- Código Civil, arts. 440, 442, 636, 654, 655, 659, 661, 806, 807, 808, 815, 818, 831, 1.056, 1.059 y 1.068.

Expropiación forzosa

Julio Galán Cáceres

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

Extracto

El caso gira sobre distintas cuestiones planteadas, en primer lugar, sobre una expropiación forzosa que afecta a varios inmuebles, cuya beneficiaria es una sociedad anónima, existiendo diversos interesados de diversa naturaleza en el procedimiento expropiatorio. Se plantea, a continuación, la situación de una de las fincas expropiada hacía mucho tiempo, cuya acta de ocupación y pago no se inscribió en el Registro de la Propiedad, pero, en la actualidad, se recoge en el plan general como suelo dotacional ejecutivo. Finalmente, el alcalde de un ayuntamiento solicita información al secretario-interventor sobre una cuestión relativa a una factura electrónica y sobre otra, referida a la posible información a licitadores de un contrato.

Palabras clave: expropiación urgente; interesados en el procedimiento; falta de inscripción en el registro; ordenanza municipal; contratos administrativos.

Fecha de entrada: 28-06-2020 / Fecha de aceptación: 28-07-2020

Enunciado

1. La sociedad M, SA proyecta instalar una planta de producción de energía eléctrica al amparo de lo dispuesto en la Ley reguladora del sector eléctrico, y necesita para ello hacerse con unos terrenos sobre los que no tiene ningún derecho de uso o titularidad, por lo que pretende que se expropien a su favor. En concreto se trata de las siguientes fincas:

- Finca A, inscrita a favor del Sr. F, que falleció hace 10 años sin descendencia y sin otorgar testamento. Lleva siendo ocupada sin título desde hace tres años ininterrumpidos por el Sr. W, pero sus vecinos lo han denunciado ante el director general de Patrimonio del Ministerio de Economía y Hacienda, habiéndose iniciado un procedimiento para ejercer la potestad de investigación por si le correspondiera la titularidad al Estado.
- Finca B, sobre la que hay un usufructo a favor de la Sra. Y (que no ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad), perteneciendo la nuda propiedad a sus hijos, Sres. X y V.
- Parte de la finca C, bien ganancial no inscrito en el Registro de la Propiedad de los Sres. X y V, que la tienen arrendada a una empresa que cultiva remolacha. Sobre esta finca pesa una hipoteca, cuyo acreedor es el banco E. La empresa permite que el vigilante que ha contratado utilice en precario una porción de la finca para ubicar una *roulotte*, en la que vive permanentemente, pues su pareja le ha echado de su domicilio.
- Finca D, inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del Sr. S, declarado ausente por resolución judicial, y administrada en representación legal del mismo por su hijo, Sr. R.

- Parte del campus de una universidad pública, en la que se ubican unas instalaciones de captación de energía de solar amparadas por un título concesional no inscrito, otorgado a favor de la empresa T, SL para el periodo 1998-2013. La universidad ha cumplido con todas las obligaciones a que le sujeta la legislación patrimonial aplicable.

2. Con fecha 30 de noviembre de 1990, se suscribió el acta de ocupación y pago por la expropiación de una de las fincas aludidas, en concreto, la finca registral número 15.703, de 500 m², del Registro de la Propiedad número 1 de la localidad de su término municipal, siendo satisfecho el justiprecio por importe de 8 millones mediante talón nominativo a su propietaria, transmitiéndose a todos los efectos la propiedad de la parcela.

Por razones que se desconocen no fue inscrita la referida acta de ocupación y pago en el Registro de la Propiedad número 1.

La finca en cuestión, en el nuevo plan general de ordenación urbana de la localidad se localiza en un ámbito de gestión calificada como suelo dotacional educativo, planteándose por el ayuntamiento su expropiación urgente con el fin de proceder a la construcción de un colegio público, que resulta urgente dada la demanda existente.

El día 29 noviembre 2013, el ayuntamiento inicia expediente de expropiación de la finca registral 15.703 de 500 m².

Con fecha 2 de febrero de 2014, don Fernando Pérez López presenta en el ayuntamiento escrito manifestando ser el titular de la finca en pleno dominio, en virtud de escritura de compraventa otorgada a su favor por la propietaria de la misma el día 4 de febrero de 2005, por lo que solicita que se entiendan con él los siguientes trámites del expediente expropiatorio.

Tras la tramitación del expediente se aprobó el mandamiento de pago por importe de 300.000 euros a favor de don Fernando Pérez López, en concepto de justiprecio por la expropiación de la finca 15.703, suscribiéndose en fecha 15 de julio de 2015 el acta de pago y ocupación, procediéndose en ese acto a favor del justiprecio y remitiéndose para su inscripción en el Registro de la Propiedad número 1 del término municipal de la finca.

3. Por otra parte, el alcalde del ayuntamiento solicita informe jurídico al secretario-interventor sobre cuál es el régimen aplicable, tras la Ley de contratos del sector público 2017, a las facturas inferiores a 5.000 euros cuando una ordenanza municipal regula expresamente la excepción de presentarlas en formato electrónico.

4. Finalmente, el alcalde, como órgano de contratación en un contrato de obras, pregunta al secretario-interventor si puede dar acceso a las ofertas desestimadas y excluidas en el expediente de contratación.

Cuestiones planteadas:

Razonando en derecho y especificando la base jurídica de la argumentación, responda a las siguientes preguntas:

1. Identifique los sujetos de la expropiación forzosa. ¿Tiene M, SA la condición de beneficiario de la expropiación? En caso negativo indique si puede llegar a tenerla y cómo. ¿Era necesaria la declaración expresa de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos necesarios?
2. En el trámite de información pública comparecieron y formularon alegaciones la usufructuaria, los arrendatarios y el representante legal del ausente. ¿A qué sujetos habrá de notificarse los distintos trámites expropiatorios como condición de validez? Señale aquellos a los que no les corresponde una pieza separada o independiente de justiprecio.
3. ¿Qué bienes o derechos constituyen el objeto de la expropiación respecto de la finca C.
4. Comente las circunstancias jurídicas derivadas de los hechos narrados en el número 2. Indique todas las consecuencias jurídicas que se podrían derivar de los mismos.
5. ¿Cuál es el régimen aplicable, tras la Ley de contratos del sector público 2017, a las facturas inferiores a 5.000 euros cuando una ordenanza municipal regula expresamente la excepción de presentarlas en formato electrónico?
6. ¿Puede el órgano de contratación dar acceso a las ofertas desestimadas y excluidas?

NOTA: Las diversas cuestiones deben resolverse teniendo en cuenta la legislación actual con independencia de las fechas que constan en el relato de hechos.

Solución

1. Identifique los sujetos de la expropiación forzosa. ¿Tiene M, SA la condición de beneficiario de la expropiación? En caso negativo indique si puede llegar a tenerla y cómo. ¿Era necesaria la declaración expresa de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos necesarios?

Expropiante: La Administración (pues no existe ley singular). Dentro de ella, hay que determinar qué Administración territorial ostenta la competencia sectorial y por tanto a cuál le

corresponde ejercitar la potestad expropiatoria. Señala el artículo 55.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE) que:

Concluida la tramitación [se entiende que para la declaración de utilidad pública], el reconocimiento de la utilidad pública será acordado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, [en el momento de promulgarse la ley era el competente, hoy lo será el que tenga competencia en esta materia] si la autorización de la instalación corresponde al Estado, sin perjuicio de la competencia del Consejo de Ministros en caso de oposición de organismos u otras entidades de derecho público, o por el organismo competente de las Comunidades Autónomas o Ciudades de Ceuta y Melilla en los demás casos.

Expropiados. Lo que se expropia es la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien, pero también todos los otros derechos sobre el bien, en cuanto que este se entiende adquirido libre de cargas (salvo que exista compatibilidad del derecho con el destino del bien expropiado, en cuyo caso podría mantenerse tal derecho por acuerdo de las partes; supondremos que tal compatibilidad no existe). Así, son expropiados según el concepto material del artículo 3 del Reglamento de expropiación forzosa (REF) aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957:

- Finca A: El heredero del Sr. F. Dado que se desconoce sobre qué persona recae esta condición, comparecerá el Ministerio Fiscal hasta que se aclare la controversia (art. 5 Ley de 16 de diciembre de 1954 de expropiación forzosa).
- Finca B: Sres. X y V, por ser nudos propietarios; y Sra. Y, por ser usufructuaria y por tanto expropiada materialmente de su derecho.
- Finca C: Sres. X y V, por ser titulares en régimen de gananciales de la propiedad de la finca; la empresa arrendataria y el acreedor hipotecario, por ser ambos expropiados materialmente de sus derechos.
- Finca D: Sr. S (si bien representado legalmente por el Sr. R).
- Campus: La universidad pública y el concesionario.

Beneficiario. Dado que la expropiación es por causa de utilidad pública, el beneficiario puede ser una Administración distinta de la expropiante, otra entidad distinta o un concesionario a los que se reconozca legalmente esta condición. Por tanto, para que fuera beneficiaria, la sociedad M, SA debería ser concesionario, siéndole tal condición reconocida por ley.

Dispone el artículo 55 de LSE:

1. Para el reconocimiento en concreto de la utilidad pública de las instalaciones aludidas en el artículo anterior, será necesario que la empresa interesada lo solicite, incluyendo el proyecto de ejecución de la instalación y una relación concreta

e individualizada de los bienes o derechos que el solicitante considere de necesaria expropiación.

2. La petición se someterá a información pública y se recabará informe de los organismos afectados.

En relación con si era precisa la declaración expresa de la declaración de utilidad pública, el artículo 54 de la LSE dice que:

1. Se declaran de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso.

2. Dicha declaración de utilidad pública se extiende a los efectos de la expropiación forzosa de instalaciones eléctricas y de sus emplazamientos cuando por razones de eficiencia energética, tecnológicas o medioambientales sea oportuna su sustitución por nuevas instalaciones o la realización de modificaciones sustanciales en las mismas.

Con respecto a la declaración de necesidad de ocupación, el artículo 56 de la LSE señala que:

1. La declaración de utilidad pública llevará implícita en todo caso la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implicará la urgente ocupación a los efectos del artículo 52 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.

2. Igualmente, supondrá el derecho a que le sea otorgada la oportuna autorización, en los términos que en la declaración de utilidad pública se determinen, para el establecimiento, paso u ocupación de la instalación eléctrica sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, o de las Comunidades Autónomas, o de uso público, propios o comunales de la provincia o municipio, obras y servicios de los mismos y zonas de servidumbre pública.

2. En el trámite de información pública comparecieron y formularon alegaciones la usufructuaria, los arrendatarios y el representante legal del ausente. ¿A qué sujetos habrá de notificarse los distintos trámites expropiatorios como condición de validez? Señale aquellos a los que no les corresponde una pieza separada o independiente de justiprecio.

Son interesados en el procedimiento, a los que hay que notificar todas las actuaciones, so pena de invalidez del procedimiento: ni el Sr. W ni el Estado, por no tener ninguno un derecho sobre el inmueble, el Ministerio Fiscal (finca A); los Sres. X y V, por ser nudos pro-

pietarios, y la Sra. Y, si lo solicitase, por ser usufructuaria (finca B); los Sres. X y V, por ser titulares en régimen de gananciales de la propiedad de la finca, empresa que cultiva remolacha, por ser arrendataria del inmueble, y el banco E, por ser acreedor hipotecario y por tanto titular de un derecho inscrito, el vigilante no porque no tiene derecho alguno sobre el inmueble (finca C); el Sr. S, por ser propietario (finca D), la universidad pública, por ser la titular del campus, y la empresa T, SL, si lo solicitase, por ser titular de un título concesional no inscrito (campus).

Si solo se hubiese notificado a la usufructuaria, los arrendatarios y el representante legal del ausente, el procedimiento sería inválido, pues es preceptivo notificar al banco E.

De entre todos los interesados en el procedimiento, solo los arrendatarios de inmuebles (empresa que cultiva remolacha) y los propietarios tendrán derecho a una pieza separada de justiprecio (arts. 4.1 LEF y 6.2 REF; art. 26 LEF). El resto de titulares de derechos e intereses no reciben una indemnización independiente, aunque pueden hacer valer sus derechos sobre el justiprecio de la expropiación principal (art. 8.1 REF).

3. ¿Qué bienes o derechos constituyen el objeto de la expropiación respecto de la finca C?

El objeto de la expropiación forzosa, en general, son los derechos e intereses patrimoniales legítimos. Así, respecto de la finca C, el objeto de la expropiación sería la titularidad del derecho de propiedad, el derecho de arrendamiento, el derecho real de hipoteca, el interés patrimonial legítimo del precario, si se considerase, y el interés legítimo patrimonial del arrendatario por, por ejemplo, no darle tiempo a recoger la cosecha o un motivo similar.

4. Comente las circunstancias jurídicas derivadas de los hechos narrados en el número 2 e indique todas las consecuencias jurídicas que se podrían derivar de los mismos.

Para estudiar esas circunstancias distinguimos lo siguiente:

a. Validez de la segunda expropiación

Con el pago del justo precio finaliza el procedimiento de expropiación forzosa y la expropiación se entiende consumada. Es cierto que se hace preciso, a efectos de publicidad y derechos de terceras personas, que se inscriba en el Registro de la Propiedad el acta de ocupación y pago; sin embargo, esta inscripción no tiene carácter constitutivo, sino que es un elemento meramente formal a los efectos antes indicados, por lo que la propia expropiación, materialmente, se había ya llevado a cabo, lo que supone que era la Administración expropiante el nuevo propietario o titular de la finca número 15.703, de 500 m².

Por ello, la segunda expropiación llevada a cabo con posterioridad es nula de pleno derecho, pudiéndose fundamentar tal nulidad de lo dispuesto en el artículo 47.1, letra c), al tratarse de un acto de contenido imposible consistente en que no se podía expropiar algo que ya era de su propiedad. Por lo que, independientemente de otras consecuencias jurídicas que ahora comentaremos, era procedente llevar a cabo la revisión de oficio de actos nulos prevista en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común.

- b. Posibilidad de haber ejercitado el derecho de reversión por parte de la primitiva propietaria

Era posible el ejercicio del derecho de reversión, en primer lugar, porque el artículo 54 b) de la LEF señala que no procederá aquella cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante 10 años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio y, en este caso, no se había llevado a cabo la realización de la obra. Sin embargo, existe un plazo de prescripción en que, a falta de regulación concreta, hay que aplicar el artículo 1.964 del Código Civil, que establece el plazo de cinco años en el caso de acciones personales y que se empezarán a contar, según el artículo 1.969, desde que pudo ejercitarse, por lo que, en este caso, se había producido la prescripción del derecho de reversión.

En este sentido, el artículo 54 de la LEF de 16 diciembre 1954 señala que el derecho de reversión podrá ejercitarse por el expropiado y sus causahabientes en los casos y con las condiciones siguientes: [...] b) Cuando hubieran transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien o derecho expropiados sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio (el acta de pago y ocupación se efectuó con fecha 30 de noviembre de 1990).

- c. Responsabilidad de la propietaria que enajena una finca que no le pertenecía

Esta fuera de toda duda esta responsabilidad, pudiendo ser por delito de estafa o falsedad documental –no debemos olvidar que el relato de hechos señala que se otorgó escritura de compraventa otorgada por aquella–, o bien, responsabilidad civil, si el comprador de la finca a aquella optara por la reclamación de la cantidad pagada a los intereses en la vía ordinaria.

- d. Conducta a seguir por la Administración

Ya lo hemos indicado con anterioridad, revisar de oficio la segunda expropiación por nulidad de la misma por la vía del 106.1 de la Ley 39/2015 y, con independencia de ello, exigir la responsabilidad, en su caso, de la primitivamente expropiada y que enajenó el terreno que era de la Administración. Esta vía será fundamentalmente la de la denuncia o querrela en vía penal.

e. Posición de don Fernando Pérez López

Evidentemente, el escrito que presenta sobre que se le tenga por parte en el procedimiento expropiatorio es de tener en cuenta, porque, desde el punto de vista jurídico y mientras no se anule la primera expropiación, la segunda expropiación debe entenderse con él como nuevo propietario de la finca. Ahora bien, a partir del 18 de julio de 2015, en que el responsable del inventario le manifiesta que, estudiada para su anotación en el inventario municipal del suelo el acta de ocupación y pago de 15 de julio de 2015, que significa que esta segunda expropiación estaba ya consumada, por lo que procede la revisión de oficio, como hemos indicado con anterioridad, de esta segunda expropiación que era nula de pleno derecho, y previa audiencia de don Fernando Pérez, debe dictarse resolución en la que, además de la invalidez antes indicada, sobre la que podrá fijarse la posible indemnización en favor del Sr. Pérez, se acredite que concurrieron los requisitos exigidos para ello en los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público (LRJSP).

Ahora bien, no olvidemos que por esta expropiación recibió ya 300.000 euros. Esta expropiación se anula y en ello va incluido el justiprecio pagado que deberá devolverse por el Sr. Pérez López, descontándose lo que, en concepto de responsabilidad patrimonial pudiera acreditarse por aquel como consecuencia de un funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Si, en todo caso, en la resolución que resuelve la nulidad de la segunda expropiación y, por ello, la devolución de los 300.000 euros, no se hace referencia a ninguna indemnización de daños y perjuicios en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración pública a favor del Sr. Pérez, este podrá reclamarla ante la Administración, aunque deberá acreditar que concurren los requisitos legales exigidos para ello. Desde luego, el requisito del funcionamiento anormal del servicio público está fuera de toda duda porque, de haberse inscrito en el Registro de la Propiedad la primera expropiación, no cabe duda de que la primitiva propietaria no podría haber llevado la venta en favor del Sr. Pérez porque en el registro hubiera constado ya que la propiedad de la finca correspondía a la Administración. Pero no basta con eso, es preciso acreditar un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, para cuya determinación sería preciso conocer más datos y circunstancias.

f. Posible reclamación del ayuntamiento contra el responsable de que la primera expropiación no fuera inscrita, su acta de ocupación y pago, en el Registro de la Propiedad

Es el artículo 36 de la LRJSP el que se refiere a esta posibilidad, señalando que:

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.

Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad al que se refieren los apartados 2 y 3 se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites:

- a) Alegaciones durante un plazo de 15 días.
- b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de 15 días.
- c) Audiencia durante un plazo de 10 días.
- d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de 5 días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.
- e) Resolución por el órgano competente en el plazo de 5 días.

La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

Ahora bien, para esta reclamación también debe aplicarse el plazo de cinco años del Código Civil desde que pudo ejercitarse la acción, y llevándose a cabo el acta de ocupación y pago en 1990, sin embargo no se descubrió hasta el 18 de julio de 2015. De manera que el plazo de cinco años deberá contar desde esa fecha, suponiendo que, o bien la Administración pagó en concepto de indemnización de daños y perjuicios al Sr. Pérez, o bien acreditó la existencia de daños por la actuación del funcionario o personal del ayuntamiento que incumplió la obligación de remitir la documentación al Registro de la Propiedad para su inscripción.

g. Posible responsabilidad disciplinaria del personal de la Administración responsable de la omisión antes indicada

Debemos señalar que tanto sea funcionario público como personal laboral es claro que la posible infracción disciplinaria cometida estaba ya prescrita, puesto que los hechos ocurrieron en el año 1990 y, en atención al relato de hechos, por lo menos nos encontramos en el año 2015.

5. ¿Cuál es el régimen aplicable, tras la Ley de contratos del sector público 2017, a las facturas inferiores a 5.000 euros cuando una ordenanza municipal regula expresamente la excepción de presentarlas en formato electrónico?

El régimen jurídico de las facturas correspondientes a los contratos del sector público se contiene en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público.

Esta ley instauró la obligación de presentación en un registro administrativo de las facturas expedidas por los servicios que se presten o bienes que se entreguen a una Administración pública en el marco de cualquier relación jurídica, así como la obligatoriedad del uso de la factura electrónica en el sector público para determinados proveedores, relacionados en el artículo 4. No obstante, sea cual sea el operador que se relacione con la Administración como proveedor mediante entrega de bienes o prestación de servicios, el legislador previó en el mismo artículo 4 de la reseñada ley de impulso de la factura electrónica que las Administraciones públicas puedan excluir reglamentariamente de esta obligación a las facturas cuyo importe sea de hasta 5.000 euros.

En la práctica, se ha planteado la posible derogación de dicho régimen por lo dispuesto en la posterior, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, que señala en su artículo 14.2 a los sujetos obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo.

La duda planteada es la siguiente: si todas las personas jurídicas, por ejemplo, están obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración, ¿cómo ha de actuar la misma persona jurídica al presentar una factura correspondiente a un contrato inferior a 5.000 euros si la Administración contratante ha excluido esta obligación en una norma reglamentaria (ordenanza)?

La cuestión es importante, pues en el Informe de la Abogacía del Estado 6/2015 se analizan las consecuencias de presentar una factura en formato no electrónico:

La falta de presentación electrónica de las correspondientes facturas por los sujetos enumerados en el artículo 4 de la Ley 25/2013 determinará, a partir del 15 de enero de 2015, que no pueda considerarse cumplida la obligación de presentación «en forma» de tales facturas y que, consecuentemente, no se inicie el cómputo de plazo de pago ni el cómputo de devengo de intereses.

En otra consulta sobre la misma cuestión se ha mantenido que, en un momento de efervescencia en el posicionamiento en favor de la Administración electrónica por las innegables ventajas que conlleva en la consecuencia de los objetivos de eficacia en la prestación de los servicios públicos y transparencia en la actividad administrativa, resultaría osado

mantener la opinión de que podrán los proveedores presentar facturas en papel con base en la excepcionalidad regulada en el artículo 4 de la Ley 25/2013. El espíritu y finalidad de la reforma administrativa en nuestro país impela a exigir su plena aplicación a todo su ámbito objetivo; constituido este por todas las relaciones jurídicas entre el administrado obligado y la Administración.

Pero el derecho positivo parece no albergar esta conclusión de forma tan rotunda, por la pervivencia expresa del comentado artículo 4 de la Ley 25/2013, por su tácita vigencia con base en la disposición adicional primera de la propia Ley 39/2015 y por la ausencia de previsiones derogatorias de la exclusión en la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que dio nueva redacción al referido artículo 4, manteniendo la posibilidad de excluir reglamentariamente de la obligación de facturación electrónica a las facturas cuyo importe sea de hasta 5.000 euros.

Efectivamente, se mantenía entonces por la Abogacía del Estado que la disposición adicional primera de la propia Ley 39/2015 dispone que «los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales». Se trata de un reconocimiento expreso de la aplicación de otro principio general del derecho: *lex specialis derogat legi generali*, sin que sea directamente aplicable en este caso, pues la ley especial en la materia reguladora de la facturación electrónica, la 25/2013, no es posterior a la ley general, la Ley 39/2015, para producir efectos derogatorios, pero sí es un reconocimiento por la ley general posterior de que se aplicará la ley especial anterior.

La aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, con entrada en vigor el 9 de marzo, no ha introducido alteración en la interpretación apuntada, ya que su artículo 198 sobre el pago del precio establece en su apartado 4.º:

Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

Ninguna salvedad se recoge en el texto legal sobre la inaplicabilidad parcial de la normativa vigente sobre factura electrónica, la que excepciona la obligación de presentar factura electrónica si su importe es inferior a 5.000 euros; lo que es un indicio de su reconocimiento y vigencia, por cuanto la remisión a la ley especial en materia de factura electrónica es plena y completa sin inaplicar ninguna de sus determinaciones y, por tanto, siendo de plena aplicación la excepción regulada en el artículo 4 de la Ley 25/2013.

A mayor abundamiento, la Circular 1/2018, de 23 de enero, de la Intervención General de la Administración del Estado, se ha pronunciado sobre los efectos derivados de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, sobre la regulación prevista en la Ley 25/2013, en relación con el uso de la factura electrónica en el sector público y, específicamente, sobre la cuestión planteada en este comentario: la obligatoriedad o no de presentar las facturas en soporte electrónico si son de importe inferior a 5.000 euros y reglamentariamente se ha concretado su exclusión.

En la valoración que la Intervención General de la Administración del Estado realiza de la cuestión planteada, afirma que reconocer que el artículo 14 de la Ley 39/2015 es de plena aplicación en el ámbito subjetivo y objeto de la Ley 25/2013, entendiéndolo, por tanto, que el artículo 4 de esta última ha quedado derogado y sustituido por aquel, supondría dejar vacía de contenido y cuestionar la vigencia y aplicación de otros aspectos de la Ley 25/2013.

La Intervención General justifica tal valoración en la prevalencia del criterio de la especialidad, entendiéndolo que la Ley 25/2013 es especial en materia de factura electrónica. Legitimándose, de este modo, la vigencia del artículo 4.1 de esta respecto a los sujetos obligados en los términos regulados en la misma, sin que en este aspecto se entienda aplicable el artículo 14 de la Ley 39/2015.

Por tanto, respecto a las facturas de contratos del sector público inferiores a 5.000 euros cuando una ordenanza municipal regula expresamente la excepción de presentarlas en formato electrónico, sigue siendo de aplicación la Ley 25/2013 de impulso de la factura electrónica; sin que se entienda derogada dicha previsión por la posterior entrada en vigor de la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas; y sin que tampoco la aprobación de la nueva Ley 9/2017 de contratos del sector público afecte a dicha interpretación.

Esta interpretación es la recientemente manifestada por la Intervención General de la Administración del Estado.

6. ¿Puede el órgano de contratación dar acceso a las ofertas desestimadas y excluidas que han sido solicitadas por una asociación inscrita en el registro para la lucha contra la corrupción?

Las ofertas correspondientes a proposiciones rechazadas antes de la apertura pública de proposiciones quedan excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato «y los sobres que las contengan no podrán ser abiertos», de conformidad con lo establecido en los artículos 83.5 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El Informe 3/2007, de 22 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, distinguió que si bien las proposiciones desestimadas, una vez abiertas, podrán

ser consultadas en los mismos términos que las proposiciones declaradas admitidas, las relativas a proposiciones rechazadas, dada la redacción del artículo 83.5 del reglamento, no pueden ser objeto de consulta.

Por tanto, las proposiciones rechazadas quedan excluidas del procedimiento, y al no deberse abrir los sobres es imposible dar acceso a nadie para su consulta.

En cuanto a las desestimadas, se aplicará la legislación sobre transparencia (Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno) y sobre protección de datos (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, amén de la Ley sobre protección de datos y la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales).

En su artículo 4 define los datos personales como toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Por tratamiento entiende cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.

El artículo 6 exige, como regla general, el consentimiento del interesado para su uso, aunque contempla otros supuestos en que no es preciso tal consentimiento.

Por su parte, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, señala, en su artículo 12.1, que el responsable del tratamiento deberá obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de carácter personal salvo en aquellos supuestos en que el mismo no sea exigible con arreglo a lo dispuesto en las leyes.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.964.
- Ley de 26 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa, arts. 4, 5, 26 y 54.

- Ley 24/2013 (sector eléctrico), arts. 54, 55 y 56.
- Ley 39/2015 (procedimiento administrativo común), arts. 14.2 y 106 y disposición adicional primera.
- Ley 40/2015 (régimen jurídico del sector público), arts. 32, 34 y 36.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), art. 4.
- Decreto de 26 de abril de 1957 (Reglamento de expropiación forzosa), arts. 3, 6 y 8.
- Real Decreto 1098/2001 (Rgto. Ley de contratos de las Administraciones públicas), art. 83.5.

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, Constitucional y Administrativo y Penal.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (6.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.

CEF.- Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea

INICIO
Preparación
en octubre
de 2020

CEF.-

MATRÍCULA
ABIERTA



MÁSTERES Y CURSOS

MADRID | BARCELONA | VALENCIA | TELEPRESENCIAL | ONLINE

ÁREA JURÍDICA

Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Asesoría Jurídico-Laboral | Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Tributación/Asesoría Fiscal | Máster en Asesoría de Empresas | Máster en Asesoría Jurídico-Laboral | Máster en Práctica de la Abogacía | Curso de Oratoria Jurídica y Redacción Jurídica | Curso de Preparación del Examen de Acceso a la Abogacía | Curso para Delegado de Protección de Datos (DPD, DPO) | Curso sobre Derecho Digital | Curso sobre Compliance | Curso de Experto en Mediación: Civil y Mercantil | Curso de Especialización en Derecho Procesal Penal | Curso de Formación para Mediadores de Seguros y Reaseguros | Curso sobre Contratación en el Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) | Curso sobre Contratos Mercantiles | Curso sobre Derecho Concursal | Curso sobre Práctica Societaria. Derecho de Sociedades Mercantiles | Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es