

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núms. 259-260 | Agosto-Septiembre 2022

ISSN: 2697-1631

Delito de defraudación a la Seguridad Social

Vicente Magro Servet



El auto de cuantía máxima como título ejecutivo

Berta Leal Cañadell



Neutralidad política en la Guardia Civil

Rafael Vivar Castellanos



Legitimación sindical en el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma laboral

Cristóbal Molina Navarrete





CEF.-

+30 MÁSTERES

+200 CURSOS

ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

[Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es]

DESCUENTO ESPECIAL AHORA

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Revista CEFLegal

Núms. 259-260 | Agosto-Septiembre 2022

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

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

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Dolores Bardají Gálvez. Profesora titular de Derecho Civil. ESADE

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

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

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

Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero. Profesor titular de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo

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

Alicia González Alonso. Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional. UAM y letrada del TC

Sara González Sánchez. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad CEU Cardenal Herrera Oria

Carlos Gómez Asensio. Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

José Damián Irazo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

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

Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas. Catedrático de D. Mercantil. Universidad CEU San Pablo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo. UCM y letrado del TC

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

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

Linda Navarro Matamoros. Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Fabio Pascua Mateo. Catedrático acreditado de Derecho Administrativo. UCM

Juan Antonio Xiol Ríos. Magistrado del Tribunal Constitucional

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 (2022) (11 números) 175 € en papel / 90 € en digital

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

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

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

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

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

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

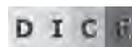
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2022 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).

Revista CEFLegal

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

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

- El auto de cuantía máxima como título ejecutivo 5-26
The maximum amount order as judicial executive title
Berta Leal Cañadell
- Reclamación de maternidad y la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida (Comentario a la STS de 27 de enero de 2022) 27-32
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

- Neutralidad política en la Guardia Civil, armonización entre la necesidad de limitación y el ejercicio de los derechos políticos para el cumplimiento del encargo constitucional que recibe el instituto armado 33-64
Political neutrality in the Civil Guard, harmonization between the need for limitation and the exercise of political rights for the fulfillment of the constitutional order received by the armed institute
Rafael Vivar Castellanos
- Reforma laboral y su defensa en el recurso de inconstitucionalidad: ¿está legitimado el sindicato pactante como «coadyuvante» o *amicus curiae*? 65-88
The maximum amount order as judicial executive title
Cristóbal Molina Navarrete
- La configuración de los certificados de calidad o medioambientales como criterio de adjudicación de los contratos públicos 89-94
Jaime Pintos Santiago y Roberto Carrodeguas Méndez

Penal

- Casuística práctica del delito de defraudación a la Seguridad Social del artículo 307 y del fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal 95-128
Practical casuistry of the crime of Social Security fraud under article 307 and subsidy fraud under article 308 of the Penal Code
Vicente Magro Servet

Casos prácticos

Civil

- Derecho al honor y a la propia imagen de artículo periodístico con fotografía y veracidad 129-134
Casto Páramo de Santiago

Administrativo

- Cargo en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Cese e incompatibilidades. Procedimiento sancionador. Responsabilidad patrimonial 135-158
Julio Galán Cáceres

- Normas de publicación 159-160

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

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



El auto de cuantía máxima como título ejecutivo

Berta Leal Cañadell

Abogada del Estado.

(Habilitada para la defensa y representación del Consorcio de Compensación de Seguros)

bertaleal1993@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-5881-8513>

Extracto

El presente trabajo de investigación parte del contenido histórico del auto de cuantía máxima, antes de la reforma operada por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, ya que la emisión del auto de cuantía máxima antes de la reforma posibilitaba a las víctimas de tráfico la delimitación económica del daño corporal sufrido dentro de los límites del seguro obligatorio y su eficaz reclamación en un proceso ejecutivo, ya que en este, el deudor solo podría oponer la culpa exclusiva, concurrencia de culpas o fuerza mayor extraña al vehículo. Sin embargo, esta reforma ha cambiado totalmente el panorama, ya que, aunque el auto de cuantía máxima como título ejecutivo sigue existiendo, como vamos a ir explicando, a nuestro entender esta reforma ha vaciado totalmente la utilidad de dicho mecanismo.

Palabras clave: auto de cuantía máxima; título judicial ejecutivo; accidentes de tráfico; seguro obligatorio.

Fecha de entrada: 15-06-2022 / Fecha de aceptación: 05-07-2022

Cómo citar: Leal Cañadell, B. (2022). El auto de cuantía máxima como título ejecutivo. *Revista CEFLegal*, 259-260, 5-26.



The maximum amount order as judicial executive title

Berta Leal Cañadell

Abstract

This research work is based on the historical content of the maximum amount order, before the reform operated by Law 35/2015, of September 22, in article 13 of Royal Legislative Decree 8/2004, of October 29, since the issuance of the order for the maximum amount before the reform made it possible for traffic victims to financially limit the bodily harm suffered within the limits of compulsory insurance and its effective claim in an executive process, since in this, the debtor could only oppose exclusive fault, concurrence of faults or force majeure foreign to the vehicle. However, this reform has completely changed the landscape, since, although the order of maximum amount as enforceable title continues to exist, as we are going to explain, in our opinion this reform has totally emptied the usefulness of said mechanism.

Keywords: the maximum amount order; executive judicial process; traffic accidents; obligatory insurance.

Citation: Leal Cañadell, B. (2022). El auto de cuantía máxima como título ejecutivo. *Revista CEFLegal*, 259-260, 5-26.



Sumario

1. Origen
 2. Regulación y contenido
 3. Restricción actual del ámbito de aplicación
 4. Ejecución del auto
 - 4.1. Ejecución singular
 - 4.2. Competencia territorial
 - 4.3. Denegación del despacho de ejecución
 - 4.4. Ejecución de auto de cuantía máxima dictado en méritos de siniestro anterior a la Ley 35/2001
 5. Causas de oposición a la ejecución
 - 5.1. Motivos procesales
 - 5.2. Motivos de fondo
 - 5.3. Motivos específicos de oposición del auto de cuantía máxima
 - 5.3.1. Culpa exclusiva de la víctima (art. 556.3.1.ª LEC)
 - 5.3.2. Concurrencia de culpas (art. 556.3.3.ª LEC)
 - 5.3.3. Fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo (art. 556.3.2.º LEC)
 6. Conclusión
- Referencias bibliográficas

1. Origen

El auto de cuantía máxima tiene su origen en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor (en adelante, Ley 122/1962), la cual, con el propósito de proteger a las víctimas de los accidentes de circulación, que empezaban a ser un problema en nuestro país por la cada vez mayor siniestralidad viaria, ya que los efectos de la revolución industrial, y el maquinismo que trajo, si bien sirvió para el impulso y desarrollo de las sociedades modernas, también supuso un incremento de los riesgos que amenazaban cada vez más a las personas y a los bienes.

Y así, para la protección de estos riesgos, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico se introdujo un sistema especial de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y un seguro obligatorio para cubrir esa responsabilidad.

Ahora bien, esta normativa no reguló el auto de cuantía máxima, tal como lo conocemos hoy. En concreto, esta norma jurídica fue la que introdujo la emisión de una certificación que contuviera el contenido de la responsabilidad civil por hechos de la circulación. Y así, en su título III regulaba la responsabilidad civil y el seguro obligatorio, reconociendo que el resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios sufridos por la víctima de accidentes de circulación era la finalidad de la ley, llegando a decir su preámbulo que dicho resarcimiento era lo que se buscaba a ultranza, dado el riesgo que implicaba el uso y circulación de vehículos de motor¹.

Se hace necesario decir que la existencia de un auto de cuantía máxima se entiende solo a partir de admitir la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil en los hechos circulatorios, hoy implantado totalmente en todo el territorio de la Unión Europea, y la existencia de una acción directa del perjudicado frente al asegurador. Y, tal como estamos exponiendo, en nuestro ordenamiento jurídico esto se inicia con la Ley 122/1962.

En esta Ley 122/1962, como complemento ineludible de la finalidad propuesta de que las víctimas de accidentes de tráfico fuesen en todo caso debidamente asistidas e indem-

¹ Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor.

nizadas, aparece la creación de un fondo de garantía, el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación (hoy Consorcio de Compensación de Seguros)².

Así, esta ley regulaba el antecedente inmediato del actual auto de cuantía máxima en su artículo 49.

El título ejecutivo, según esta ley, consistía en la emisión de una certificación de la declaración o copia autorizada de la misma o, en el caso de que hubiese intervenido de oficio la autoridad judicial en la averiguación del hecho, una certificación de las diligencias preparatorias a las que se refiere el artículo 19, acompañada de una valoración de los daños emitida por un perito, y que será presentada al asegurador, quien, en plazo de ocho días, con facultad de intervención de su perito, abonará la cantidad que ambos peritos fijen de común acuerdo.

Este dictamen fundado de los peritos es el que, en esa regulación, se establecía como título ejecutivo, previa ratificación bajo juramento ante el juez competente³.

Es la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de enjuiciamiento criminal, la que regula, en su disposición adicional segunda, la emisión de un auto semejante al actual, estableciendo⁴:

Cuando en un proceso penal incoado por hecho cubierto por el Seguro Obligatorio de responsabilidad civil derivado del uso y circulación de vehículos de motor se declare la rebeldía del acusado, o recayere sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiere renunciado a la acción civil ni la hubieren reservado para ejercitarla separadamente, antes de acordar el archivo de la causa, el Juez o Tribunal que hubiere conocido de la misma dictará auto en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho Seguro Obligatorio. El auto referido contendrá la descripción del hecho y la indicación de las personas y vehículo que intervinieron y de los asegurados de cada uno de estos.

² Artículo 45. En el Ministerio de Hacienda, y como servicio dependiente de la Dirección General de Seguros, se crea un Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, con autonomía patrimonial y contable, para cubrir la responsabilidad civil de los conductores de vehículos de motor derivada de hechos que hayan producido muerte, incapacidades o lesiones en los casos en que el vehículo o el conductor causante de aquellos sean desconocidos o en que siendo conocidos, aquel no esté asegurado y, en general, cuando no se produzca la asistencia o indemnización por los medios previstos en los artículos anteriores.

³ Artículo 51. El dictamen fundado de los peritos será título ejecutivo, previa ratificación bajo juramento ante el Juez competente conforme al artículo anterior.

⁴ Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de enjuiciamiento criminal.

Si no pudiese señalarse la cuantía de la indemnización, por falta de elementos probatorios o porque los existentes se hubieran emitido sin posibilidad de intervención de los interesados, el auto mencionado en el párrafo anterior solo se retrasará por el tiempo imprescindible para que, con audiencia e intervención de los perjudicados y de los aseguradores, se lleven a cabo las comprobaciones que se estimen necesarias de oficio o a petición de parte.

El auto a que se refieren los párrafos anteriores no será recurrible.

Este precepto ya contiene una regulación semejante a la actual, de la que destacamos el auto de cuantía máxima: se puede solicitar y se emite siempre que, existiendo un proceso penal por un hecho cubierto por el seguro obligatorio del automóvil, este proceso finalice con la declaración de rebeldía, la sentencia absolutoria o cualquier otra resolución que ponga fin al proceso. Es decir, se dictaría un auto de cuantía máxima en cualquier proceso penal que finalice de los modos que nos marca el precepto y que fuera solicitado por el perjudicado.

Esto, en la práctica, posibilitaba que, ante «cualquier resolución que le ponga fin»⁵, se solicitara y se dictara un auto de cuantía máxima para dar cobertura al hecho denunciado y que estuviera cubierto por el seguro obligatorio del automóvil.

Esta situación durará desde 1 de enero de 1965, ya que la Ley 122/1962 preveía una *vacatio legis*, en su disposición adicional cuarta, disponiendo su entrada en vigor para el 1 de enero de 1964. No obstante, el artículo 1 del Decreto-Ley 29/1963, de 30 de diciembre⁶, aplazó la fecha de entrada en vigor de la Ley 122/1962 hasta el día 1 de enero de 1965.

A los pocos meses, tal vez asustados por las consecuencias económicas derivadas de la implantación del seguro obligatorio del automóvil, se aprobó el Decreto-Ley 4/1965, de 22 de marzo, por el que se establece la aplicación gradual de la Ley 122/1962.

Mediante este real decreto la cobertura del seguro obligatorio del automóvil amparaba exclusivamente los daños a las personas, dentro de unos determinados límites, quedando excluidos de su cobertura los daños en los bienes. En esta decisión pesó, sin duda, en las autoridades gubernamentales, las consecuencias económicas derivadas de un encarecimiento de los seguros (Badillo Arias, 2015).

Como podemos ver, estamos ante una regulación que, con algunas modificaciones, se prolongó hasta el 31 de diciembre de 2015, ya que esta situación cambió con la reforma del Real Decreto-Ley 8/2004, operada por Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

⁵ Véase nota anterior.

⁶ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1963.

2. Regulación y contenido

La regulación del auto de cuantía máxima se reparte fundamentalmente entre el vigente texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro derivada de la circulación de vehículos a motor (LRCSVM), aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (en adelante, RDL 8/2004) y la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Esta se ocupa, en sus artículos 517, 556.3 y 538 y siguientes, del encaje del mismo dentro del proceso de ejecución general previsto en la misma. Mientras que la legislación sustantiva relativa a la responsabilidad derivada de la circulación de vehículos de motor se ocupa de la creación y génesis del título ejecutivo, pudiendo distinguirse, dentro de la misma, los artículos 1 a 11 del LRCSVM, donde se regulan los aspectos sustantivos, de los aspectos procesales se ocupan los artículos 12, 13, y 17 de dicho cuerpo legal. Siendo destacable que aunque la regulación llevada a cabo por nuestra ley procesal civil no ha sido apenas objeto de reformas legislativas, la regulación sustantiva ha sido objeto de profundas reformas legislativas, siendo las más destacables las llevadas a cabo por la Ley 21/2007, de 11 de julio, y por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre (Rojas Corrales, 2020).

El auto de cuantía máxima está regulado en el artículo 13 del RDL 8/2004, el cual dispone:

Cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, recayera sentencia absolutoria, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, el juez o tribunal que hubiera conocido de la causa dictará auto, a instancia de parte, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria y según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración del Anexo de esta Ley.

Se procederá de la misma forma en los casos de fallecimiento en accidente de circulación y se dictará auto que determine la cantidad máxima a reclamar por cada perjudicado, a solicitud de este, cuando recaiga resolución que ponga fin, provisional o definitivamente, al proceso penal incoado, sin declaración de responsabilidad.

El auto referido se dictará a la vista de la oferta motivada o de la respuesta motivada del asegurador o del Consorcio de Compensación de Seguros, y contendrá la descripción del hecho, la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de estos.

En todo caso, antes de dictarse el auto, si en las actuaciones no consta oferta motivada o respuesta motivada según las prescripciones de esta Ley, el juez convocará a los perjudicados y posibles responsables y sus aseguradores, incluido, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguros, a una comparecencia en el plazo de cinco días, a fin de que pueda aportarse la oferta o la respuesta motivada, o hacerse las alegaciones que consideren convenientes.

Si en la comparecencia se produjera acuerdo entre las partes, el mismo será homologado por el juez con los efectos de una transacción judicial.

De no alcanzarse el acuerdo, se dictará auto de cuantía máxima en el plazo de tres días desde la terminación de la comparecencia y contra el mismo no podrá interponerse recurso alguno.

De este precepto vamos a ir destacando diferentes cuestiones para así comprender el contenido de dicho auto.

De una lectura del precepto anteriormente reseñado, podemos observar que el dictado del auto de cuantía máxima implica la previa existencia de unas diligencias penales, y en un segundo momento, que los hechos investigados o denunciados sean hechos de la circulación cubiertos por el seguro obligatorio del automóvil.

Ahora bien, si *a priori* podemos ver que el contenido del auto de cuantía máxima se centrará en que sea un hecho cubierto por el seguro obligatorio del automóvil, en relación a qué cuantías se deben establecer en el mismo para valorar el daño corporal ocasionado, esto resultó polémico, ya que en momentos anteriores a la existencia de un sistema de valoración del daño corporal (lo que coloquialmente denominamos como baremo), que en nuestro ordenamiento jurídico se inaugura con la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (esta norma jurídica contuvo el primer baremo), antes de que existieran sistemas legales de valoración no se contaba con un valor específico para cuantificar los días de curación, como también se carecía de un sistema que recogiera y regulara las secuelas funcionales, estéticas y demás. Por lo que el único límite al contenido del auto de cuantía máxima era que el daño se produjera por un hecho de la circulación que estuviera cubierto por el seguro obligatorio del automóvil y dentro de los límites del seguro obligatorio del automóvil. Estos límites se iban fijando reglamentariamente; a modo de ejemplo, y aplicables a los accidentes sucedidos desde el 30 de diciembre de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1988, regía el Real Decreto 2641/1986, de 30 de diciembre, el cual establecía como límites del seguro obligatorio del automóvil el importe de 2 millones de pesetas para daños corporales y 500.000 pesetas para daños materiales⁷.

Es decir, el auto de cuantía máxima debía dictarse teniendo en cuenta si el hecho estaba cubierto por el seguro obligatorio del automóvil y dentro de esos límites cuantitativos.

Sin embargo, dado el diferente sistema de responsabilidad que se contiene en el artículo 1 del RDL 8/2004, según si el resultado dañoso son daños personales o materiales, apareció otra polémica sobre si el auto de cuantía máxima podría contener importes que buscaran resarcir los daños materiales producidos.

⁷ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1986.

La posibilidad de incluir los daños materiales en el auto de cuantía máxima, y que la demanda de ejecución lo fuese también por los expresados daños, originó opiniones discrepantes entre las distintas audiencias provinciales, en atención al distinto tratamiento legal de unos y otros, pues en tanto que la responsabilidad por daños personales se proclama siempre que el ejecutado no pruebe que hubo culpa exclusiva de la víctima, concurrencia de culpas o fuerza mayor, sin embargo, la responsabilidad por los daños materiales se rige por el criterio general de la responsabilidad por culpa (art. 1902 Código Civil).

Las resoluciones que rechazaban la posibilidad de que el auto de cuantía máxima incluyera también los daños materiales y, sobre todo, que pueda instarse su reclamación por vía ejecutiva se fundamentaban precisamente en el distinto tratamiento legislativo de unos y de otros, y por entender que las normas procesales del juicio ejecutivo no permiten la declaración de responsabilidad que se precisa para establecer la responsabilidad de daños materiales⁸.

Sin embargo, sin desconocer la importancia del argumento anterior, se suele admitir la inclusión de los daños materiales en el auto de cuantía máxima, así como su ulterior demanda dentro del juicio ejecutivo.

Tal conclusión tiene un primer apoyo en el artículo 13 del RDL 8/2004, según el cual, el auto de cuantía máxima este debe dictarse tras la finalización de la causa penal, y se refiere a la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria, sin distinción, por tanto, entre los daños materiales y los personales, pues ambos están cubiertos por el seguro obligatorio del automóvil.

En efecto que ello es así, resulta también de lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 8/2004, que impone a todo propietario de vehículos a motor la obligación de suscribir un contrato de seguro que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio, la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 1, y este precepto incluye tanto los daños personales como los materiales. Por tanto, si los daños materiales están amparados por el seguro obligatorio y la ley prevé un auto de cuantía máxima que incluya «los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado», sin distinguir entre unos y otros, es lógico que todos ellos se reseñen en el expresado auto, porque si se hubiera deseado un tratamiento diferente, es decir, si el título ejecutivo estuviera reservado solo para los daños personales, la ley no utilizaría la expresión indicada de «daños y perjuicios» sino la específica de «daños personales».

Es cierto, no obstante, que las causas de oposición al juicio ejecutivo del automóvil están legalmente establecidas, y se contraen a tres causas tasadas: culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor y concurrencia de culpas, pero esta limitación no ha de ser obstáculo para que en relación con los daños materiales, la parte ejecutada pueda exigir el cumplimiento de

⁸ SAP de Madrid de 10 de mayo de 2007.

los requisitos del artículo 1902 del Código Civil, porque si el legislador establece un distinto tratamiento sustantivo para los daños personales y para los materiales, pero no discrimina acerca de la vía procesal para hacerlos efectivos, es razonable pensar que ambos pueden ser accionados conjuntamente a través de la vía ejecutiva, sin otra particularidad que la de aplicar a los daños materiales el criterio de responsabilidad por culpa del artículo 1902 citado, y no el de responsabilidad por riesgo propio de los daños personales.

Por otra parte, es necesario decir que la petición de solicitar la emisión del auto de cuantía máxima debe realizarse cuando la vía penal esté agotada, es decir, que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento sean firmes. Sin embargo, la ley no fija plazo prescriptivo para solicitar su emisión, por tanto, podemos entender que puede pedirse en cualquier momento desde la firmeza de la resolución judicial dictada y antes de que archiven el procedimiento penal. El plazo para ejecutar es de un año, por aplicación del artículo 1968.2 del Código Civil, a contar desde la fecha de notificación del auto.

3. Restricción actual del ámbito de aplicación

La nueva redacción del artículo 13 del RDL 8/2004 restringe su ámbito de aplicación a los procesos penales seguidos por muerte o lesiones en el tráfico viario que concluyan con sentencia absolutoria.

Es decir, si el procedimiento no concluye con sentencia, sino con otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, solo se dictará el auto de cuantía máxima si el procedimiento se tramita por causa de muerte, por lo que quedarán excluidos del dictado de un auto de cuantía máxima los procesos penales incoados por lesiones, con independencia de su gravedad.

Esta modificación del ámbito del auto de cuantía máxima, que nos viene de la mano de la despenalización de los accidentes de tráfico operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha determinado una absoluta restricción de la emisión de estos autos.

Y esto significa, en definitiva, la limitación de un relevante instrumento para las víctimas de accidentes de tráfico en cuanto les facilitaba un título de ejecución, que contenía y determinaba la cantidad líquida máxima que podía reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado.

Pues bien, dictado el auto en atención a lo expuesto, será necesario, para visualizar el auto de cuantía máxima como título ejecutivo, ponerlo en relación con lo dispuesto en el artículo 517.1 y 2.8.º de la LEC, el cual contempla el auto de cuantía máxima como título válido para fundar una demanda de ejecución. Así, el precepto nos indica:

Artículo 517. *Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos.*

1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.
2. Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...]

8.º El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en los supuestos previstos por la ley en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

Con el auto de cuantía máxima dictado, para abrir la ejecución, la demanda ejecutiva habrá de cumplir los requisitos generales establecidos en los artículos 549 y 550 de la LEC, y la demanda de ejecución se tendrá que acompañar de un testimonio del auto de cuantía máxima dictado.

4. Ejecución del auto

4.1. Ejecución singular

Si lo normal es que la ejecución siga a la declaración del derecho previamente efectuada por un órgano judicial en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el auto de cuantía máxima es título ejecutivo, sin que haya existido una fase declarativa previa.

Quando de ejecución del auto de cuantía máxima hablamos, no debemos olvidar que nos encontramos ante un título de ejecución singular, es decir, se dicta sin una actividad declarativa previa, ni es fruto de un acuerdo logrado dentro de un proceso y homologado judicialmente, sino que el mismo se dicta por un juez penal, una vez que se cumplen los requisitos del artículo 13 del RDL 8/2004, de 29 de octubre (Abella López, 2012).

Ahora bien, cuáles son estos requisitos. Los encontramos en el propio artículo 13. En primer lugar, es necesario que concurra previamente la existencia de un proceso penal incoado por un hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, que dicha causa finalice de manera provisional o de manera definitiva y sin declaración de responsabilidad con sentencia absolutoria, y que en la causa penal el perjudicado no haya renunciado o se haya reservado el ejercicio de la acción civil, siempre y cuando, en comparecencia regulada en el referenciado artículo 13, las partes no lleguen a un acuerdo transaccional, en cuyo caso no procederá dictar el auto de cuantía máxima y sí un auto de homologación judicial.

Quedan exceptuados los hechos de la circulación que ocasionen el fallecimiento de la víctima, que conllevarán el dictado de auto de cuantía máxima, aunque el procedimiento no finalice con una sentencia absolutoria.

Ahora bien, al dictar el auto de cuantía máxima, el juez penal no valora responsabilidades, limitándose a la fijación de la cantidad máxima susceptible de ser reclamada, al amparo de la cobertura del seguro obligatorio derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

Esta singularidad en su generación tiene reflejo en su regulación en la LEC, ya que el incidente de oposición admite causas vetadas para la oposición del resto de títulos judiciales, siendo las causas de oposición frente a la ejecución de un auto de cuantía máxima las específicas del apartado tercero del artículo 556 de la LEC.

Por otra parte, en el momento de dictar el título el juez penal se encuentra, en no pocas ocasiones, ante la situación de dictar un auto de cuantía máxima cuando apenas se han practicado actuaciones penales, y solo dispone, por ejemplo, de la mera denuncia del perjudicado como único dato de la existencia del siniestro, pues es posible dictar un auto de cuantía máxima con los mínimos indicios de que el hecho de la circulación se ha producido, aun cuando tenga dudas de que los hechos se hayan producido tal y como se describe en la denuncia⁹.

Con la actual redacción del artículo 1 del RDL 8/2004, dada por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, se nos delimita una responsabilidad cuasi objetiva, por lo que será el ejecutante o perjudicado el que deberá acreditar el hecho, el resultado dañoso y la intervención del sujeto asegurado por la entidad ejecutada. Por el contrario, el ejecutado tendrá la carga de probar la culpa exclusiva, la concurrencia de culpas o la fuerza mayor.

Desde estas dos ideas que se apuntan, tenemos que a la demanda (y sin perjuicio de la prueba que pudiera acompañarse ante una posible oposición a la ejecución, y en trámite de impugnación a la misma) resulta procedente incorporar un adecuado relato de hechos, así como la documentación acreditativa de la existencia del hecho y el resultado, siendo adecuado aportar, si no testimonio de las actuaciones penales, sí copia del atestado si lo hubiera, así como informes médicos, documentación acreditativa de los gastos o daños materiales, que vengan a sostener la concreta determinación de dicha cantidad máxima que se viene a recoger en el título, como la que puede reclamar el perjudicado contra determinadas entidades aseguradoras o, en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros o la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles (Ofesauto).

Aclarado lo anterior, y sin perjuicio de ponderar la pertinencia de la aportación con carácter voluntario de determinada documentación al amparo de lo establecido en el artículo 550.2 de la LEC, debemos tener presente que, junto con la demanda de ejecución, resulta preceptivo acompañar testimonio del auto de cuantía máxima, todo ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 549.2 y 550.1.1.º de la LEC, puesto en relación con el artículo 17 del RDL 8/2004, en el que expresamente se dispone que un testimonio del auto recaído en las diligencias a que se refiere el artículo 13 de esta ley constituirá título ejecutivo suficiente para entablar el procedimiento regulado en este capítulo.

⁹ SAP de Madrid, Sección 3.ª, de 5 de julio de 2010, rec. núm. 34/2010.

En el caso de que la demanda se dirija contra el Consorcio de Compensación de Seguros, habrá de acompañarse acreditación fehaciente del previo requerimiento al que se hace referencia en el artículo 20 b) del RDL 7/2004, de 29 de octubre¹⁰.

Si bien, la jurisprudencia viene atemperando la exigencia de este último requisito, considerando aquellos supuestos en los que el Consorcio hubiera tenido pleno conocimiento de los hechos, aun sin dicha reclamación previa, viniendo a entenderse, por ejemplo, como un conocimiento previo inequívoco cuando ha existido un procedimiento penal previo en el que el propio Consorcio de Compensación de Seguros haya intervenido.

4.2. Competencia territorial

La LEC no se pronuncia sobre la competencia territorial para instar la ejecución del auto de cuantía máxima, lo que suscitó polémica entre si debía aplicarse el artículo 52.1.9.º de la LEC, que atribuye la competencia al lugar en que ocurrieron los hechos, o, por el contrario, resultaba aplicable el artículo 545, párrafo tercero, de la LEC.

El Tribunal Supremo resolvió dicha discusión en la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, celebrada el día 11 de marzo de 2004, dictando el siguiente acuerdo:

El Juez territorialmente competente para la ejecución del Auto de cuantía máxima, previsto en los artículos 10 y 15 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, debe ser el del lugar en que se causaron los daños, en atención a lo establecido en el artículo 52.1.9.º de la LEC, de 7 de enero, por constituir dicho Auto de cuantía máxima un título judicial, recogido en el artículo 517.2.8.º LEC, lo que excluye la aplicación del art. 545.3 LEC, y su remisión a los arts. 50 y 51 de dicho cuerpo legal,

según auto del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2013¹¹.

Y así, el Tribunal Supremo nos recuerda que el juez territorialmente competente para la ejecución del auto de cuantía máxima debe ser el del lugar en que se causaron los daños, en atención a lo establecido en el artículo 52.1.9.º de la LEC, por constituir dicho auto de

¹⁰ b) Para que sean admisibles tanto la demanda declarativa como la ejecutiva con base en el auto de cuantía máxima reguladas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, relativas a la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor, deberá acreditarse fehacientemente que el Consorcio fue requerido judicial o extrajudicialmente de pago, y que desde dicho requerimiento transcurrió un plazo de tres meses sin haber sido atendido.

¹¹ ATS de 11 de junio de 2013.

cuantía máxima un título judicial recogido en el artículo 517.2.8.º de la LEC, lo que excluye la aplicación del artículo 545.3 de la LEC, y su remisión al 50 y 51 de dicho cuerpo legal¹².

No obstante, si el ejecutado es el Consorcio de Compensación de Seguros, en este caso la competencia territorial para conocer de las demandas de ejecución de autos de cuantía máxima dirigidos contra este organismo corresponde a los juzgados que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o Melilla, conforme artículo 15 de Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, tal como establece el párrafo segundo del apartado tercero de la disposición derogatoria única de la LEC. Dicho precepto establece:

Para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los Organismos públicos o los *órganos* constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento.

4.3. Denegación del despacho de ejecución

En esta materia no existen especialidades relevantes respecto a los restantes títulos ejecutivos reconocidos como tales por nuestra legislación procesal. De forma que si concurren los requisitos legalmente previstos, se despachará ejecución y, en cambio, se denegará cuando el tribunal entienda que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución. En caso de que se despache ejecución, el auto no será recurrible, aunque se podrá formular oposición frente al mismo. En cambio, el auto por el que se deniegue el despacho de ejecución será susceptible de recurso de apelación, pero, una vez firme, solo dejará al acreedor la vía del procedimiento declarativo ordinario para sostener su reclamación.

Por expresa remisión de la LEC, los requisitos que habrá de cumplir el auto de cuantía máxima son los especificados en el artículo 13 del RDL 8/2004, de forma que habrá de contener la descripción del hecho, la indicación de las personas y de los vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de estos, o cuando en el mismo no se fije una cuantía líquida y determinada a favor de los perjudicados y con cargo a una compañía concreta aseguradora. Requisitos, cuya ausencia, aunque puede ponerse de manifiesto por las partes en el trámite de oposición a la ejecución, como se expondrá más adelante, difícilmente acarrearán una denegación del despacho de ejecución. Y ello porque la jurisprudencia ha seguido un criterio muy flexible y laxo a la hora de valorar si los defectos formales

¹² ATS de 17 de septiembre de 2004 y acuerdo del TS de 11 de marzo de 2004.

del auto de cuantía máxima determinan la nulidad del despacho de ejecución, admitiéndose con carácter general su integración con los datos resultantes del proceso penal del que dimanen (Magro Servet, 2011).

Debemos analizar, siquiera someramente, el alcance de la posible denegación del despacho de ejecución, conforme se regula en el artículo 552 de la LEC, en cuyo apartado primero se señala que si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de ejecución (art. 552.1 LEC), señalando a continuación el apartado tercero del referido artículo que firme el auto denegando el despacho de ejecución el acreedor solo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente.

Pues bien, este último apartado debe ser interpretado con relación con la existencia o no de los requisitos de la naturaleza y contenido del título que se recogen en el artículo 517 de la LEC, acompañando con la demanda mera fotocopia del auto de cuantía máxima y no, como resulta preceptivo, testimonio de dicha resolución, o, incluso, cuando la denegación se produjera por no haberse cumplido, en el caso de que la demanda se dirija contra el Consorcio de Compensación de Seguros, la acreditación fehaciente de requerimiento del artículo 20.b) del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre.

4.4. Ejecución de auto de cuantía máxima dictado en méritos de siniestro anterior a la Ley 35/2001

Tal como hemos reseñado tras la reforma de la Ley 35/2015, a partir del 1 de enero de 2016, dejando a salvo los casos de fallecimiento, el único supuesto en que la ley habilita para dictar un auto de cuantía máxima en el proceso penal es cuando ese procedimiento penal finalice con sentencia absolutoria.

Ahora bien, qué sucede si el procedimiento penal previo no finalizó con sentencia absolutoria y el auto de cuantía máxima se dicta antes del 1 de enero de 2016, presentando la demanda ejecutiva con posterioridad al 1 de enero de 2016. La pregunta que nos planteamos es si ese auto de cuantía máxima sigue teniendo fuerza ejecutiva. La respuesta será afirmativa, ya que si el auto de cuantía máxima está dictado por hechos acaecidos antes del 1 de enero de 2016, fecha de entrada en vigor de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, y ello porque el título ejecutivo que se aporta es un título o resolución judicial dictado al amparo de la normativa vigente al momento de los hechos, ni la aseguradora puede oponer la nulidad del título ni el juez podría inadmitir el despacho de ejecución bajo el argumento de que «ahora» el artículo 13 solo se aplica tras sentencia absolutoria.

Y ello es así porque, como decimos, el auto en cuestión ya está dictado, y de lo que se trata en este momento procesal es de «ejecutar» un título judicial válido con arreglo a derecho, de ahí que no se pueda estimar ninguna de las irregularidades formales a que hace

mención el artículo 551 de la LEC en lo relativo a que el juez puede examinar la demanda ejecutiva y comprobar y controlar el título ejecutivo, que es legal y adecuado a derecho, porque al estar dictado con base en la normativa legal al momento de los hechos, sería incorrecto el inadmitir o denegar el despacho de ejecución.

Además, entendemos que el auto reunirá los requisitos que cita el artículo 551.2 de la LEC, que será el contenido propio del título ejecutivo dictado en su momento y que resulta válido porque fue dictado en plazo y hábil y ejecutivo con arreglo a derecho.

Por lo anterior, entendemos que los únicos supuestos en los que el auto de cuantía máxima no se puede dictar son los referidos a hechos ocurridos después del 1 de enero de 2016, que son en los que se exige el dictado de sentencia absolutoria para poder dictar luego el auto de cuantía máxima. Por ello, sí que podría denegarse un despacho de ejecución con respecto a un título aportado con la demanda respecto de un hecho ocurrido después del 1 de enero de 2016 y en el que el juez de instrucción dictare auto de archivo, por cuanto si se dictare erróneamente un título ejecutivo en ese caso, y solo en ese caso, el juez podría inadmitir el despacho de ejecución por las irregularidades formales del título, pero, insistimos, no si el auto es correcto, porque está dictado al amparo y abrigo de la legislación vigente al momento de los hechos.

5. Causas de oposición a la ejecución

En la actualidad, el procedimiento de ejecución de títulos tiene unas particularidades especiales cuando hablamos de la ejecución del auto de cuantía máxima, que lo acercan más a un juicio declarativo que a un ejecutivo propiamente dicho. Y es que, dadas las causas de oposición, el juez no puede pronunciarse solo sobre los presupuestos que dieron lugar a su formación, como ocurre en los procesos ejecutivos en sentido estricto, sino que irremediablemente debe entrar en cuestiones de fondo para analizar causas de oposición, como la culpa exclusiva o concurrencia de culpa de la víctima y la fuerza mayor extraña al riesgo circulatorio, que lo asimilan a un procedimiento declarativo.

Ya que el título ejecutivo creado por el artículo 13 del RDL 8/2004 no presupone, por sí solo, el modo o forma en que ocurrió el accidente, ni prejuzga la responsabilidad de los intervinientes y de sus compañías, por este simple argumento se hace necesario y exigible revisar el hecho histórico contenido en la resolución que dio fin a las diligencias penales.

Por lo que es necesario subrayar que al dictar el auto de cuantía máxima el juez penal no se pronuncia valorando responsabilidades, pues ni juzga ni decide sobre los elementos de los que depende el derecho a la prestación indemnizatoria, ni sobre su titularidad activa, ni sobre la responsabilidad del demandado, ni sobre la existencia de la obligación del asegurador, no produciendo la resolución que dicta efectos de cosa juzgada material.

Ocurre, sin embargo, que no siempre se analizan por parte de los juzgadores cuestiones de fondo o que, por tratarse de un procedimiento, en principio, sumario, no se debaten determinados aspectos que puedan interesar a cualquiera de las partes. En estos supuestos, al no producir la excepción de cosa juzgada, las resoluciones que se dictan en estos procesos quedan a salvo el derecho de las partes a promover el correspondiente procedimiento declarativo para satisfacer sus pretensiones, aunque apenas se ha utilizado esta posibilidad por parte de las entidades aseguradoras (Badillo Arias, 2015).

Esto justifica que el legislador haya establecido una serie de especialidades dentro del proceso de ejecución del auto de cuantía máxima, que se circunscribe a las causas de oposición, bien por motivos de fondo, bien por motivos procesales.

5.1. Motivos procesales

Ciertamente, en la práctica forense se están articulando bajo el cobijo de la oposición por motivos procesales una amplia batería de causas de oposición que en no pocos casos esconden oposiciones de fondo, todo ello bajo el prisma de encontrarnos ante una ejecución de título judicial que en su constitución no ha tenido un proceso declarativo previo o un acuerdo transaccional, e incluso se ha podido adoptar sin dar audiencia a los posibles sujetos pasivos de la acción ejecutiva (aseguradoras y Consorcio de Compensación de Seguros), cuestión esta última que debería ser resuelta con la comparecencia previa a dictar el título, regulada en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (Abella López, 2012).

Expuesto lo anterior, y entrando en el análisis de las concretas causas de oposición, tenemos que, en primer término, el artículo 559.1.1.º de la LEC regula como causa de oposición carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda, es decir, el ejecutado se opone en el sentido de que no es el obligado al pago conforme al título que se ejecuta¹³.

En segundo lugar, tenemos como motivo de oposición de naturaleza procesal la alegación de falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con el que se demanda, motivo de oposición regulado el artículo 559.1.2.º de la LEC. Esta capacidad la ostenta quien aparece designado como posible acreedor en el título ejecutivo, dejando a salvo los casos de sucesión procesal, y este posible acreedor en el título

¹³ AAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 5 de octubre de 2009. Bien, en estas condiciones es evidente que el Consorcio de Compensación de Seguros carece del carácter con el que se le reclama y deviene estimable la causa de oposición que se formula al amparo de lo prevenido por el artículo 559.1.1.ª de la LEC. Efectivamente, la obligación del Consorcio nace, tal y como señala el artículo 8.1 b) de la LRCSCVM, cuando se trate de un vehículo no asegurado, lo cual, como se ha explicado, no acontece en este caso.

lo habrá de ser el perjudicado del hecho, bien por haber sido lesionado directamente en su persona o en sus bienes, o bien por resultar afectado por el fallecimiento de la víctima ocurrido en el siniestro, perjudicado que no tiene por qué coincidir con el título de heredero, salvo en el caso de daños materiales o, por ejemplo, en los casos de que tras el accidente, y a lo largo del procedimiento penal y antes de dictarse el auto de cuantía máxima, el perjudicado fallezca, debiendo dictarse, entonces sí, el auto de cuantía máxima a favor de sus herederos, pues en este caso el derecho a la indemnización forma parte del patrimonio del causante.

Al respecto de la posible condición de perjudicadas en el auto de cuantía máxima de las entidades sanitarias y las mutuas profesionales, o las entidades aseguradoras con las que el perjudicado estaba ligado contractualmente, y al que la misma habría indemnizado por los daños sufridos, debe acudir al Acuerdo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007¹⁴, de lo que se desprende que dentro del proceso penal, tanto las entidades sanitarias que hacen frente a los gastos médicos del perjudicado en un accidente de circulación como las aseguradoras que en virtud de contrato de seguro hacen frente, por ejemplo, a los daños materiales sufridos por los perjudicados, pueden comparecer en la condición procesal de actores civiles subrogándose en la condición de perjudicados, y como tales podrán ser incluidos en el auto de cuantía máxima a dictar en el caso de que se ponga fin al procedimiento penal sin declaración de responsabilidad penal.

En contra de admitir a estas entidades como perjudicados dentro del auto de cuantía máxima, se alega que dicha ampliación del concepto de perjudicado desnaturalizaría el fin y espíritu del auto de cuantía máxima, que busca una rápida y efectiva solución para las víctimas directas de hechos de la circulación, con una responsabilidad cuasi objetiva en daños personales, cuando los daños materiales abonados en el caso de las entidades aseguradoras, mutuas, etc., no son perjudicados *strictu sensu* del hecho de la circulación, sino perjudicados indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones contractuales contraídas con los verdaderos perjudicados directos¹⁵.

¹⁴ Acuerdo de la Sala General de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007: «Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, se puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición de perjudicado».

¹⁵ AAP de Valencia, Sección 7.^a, de 7 de septiembre de 2011: «En segundo lugar, tampoco se entiende que la aseguradora ejecutante tenga el carácter de tercero perjudicado como consecuencia de haberse hecho cargo de los daños materiales por el seguro concertado con la perjudicada por el accidente, cuyo importe reclama, porque este hecho no convierte a esa compañía también en perjudicada, puesto que la contingencia que ha dado lugar a dicho gasto se integra en el riesgo de ganancia o pérdida que es inherente al contrato de seguro, y tiene su origen en él, no en el hecho de la circulación objeto del procedimiento, quedando a salvo, obviamente, el que esa entidad pueda hacer valer su derecho de reembolso por haberse subrogado en las acciones de los perjudicados a quienes atendió, pero utilizando el cauce procesal adecuado, esto es, el juicio declarativo correspondiente».

Por último, la tercera vía de oposición por motivos procesales la encontramos en el artículo 559.1.3.º de la LEC, referido a la nulidad del despacho de ejecución, pudiendo analizar, a partir de esta causa de nulidad, que el auto de cuantía máxima no se haya dictado con la exigencia de contenido que establece el artículo 13 del RDL 8/2004.

Esto es, que el título no incluya bien la descripción del hecho, indicación de personas y vehículos intervinientes, e indicación de las aseguradoras de cada uno de los vehículos intervinientes¹⁶.

Aunque no toda omisión en el título producirá la nulidad, este efecto dependerá de lo omitido por el auto de cuantía máxima y de la posibilidad de ser subsanado dicho defecto.

5.2. Motivos de fondo

Como, a pesar de ser un título judicial, el auto de cuantía máxima no se ha dictado tras la celebración de un proceso contradictorio, el legislador ha ampliado enormemente los motivos de oposición de fondo. Ampliación que se ha llevado a cabo en dos sentidos, de un lado, considerando aplicables los motivos de oposición propios de los títulos no judiciales, y, en segundo lugar, incluyendo tres motivos de oposición adicionales específicos de este título ejecutivo, como son la culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo y la concurrencia de culpas (Rojas Corrales, 2020).

5.3. Motivos específicos de oposición del auto de cuantía máxima

5.3.1. Culpa exclusiva de la víctima (art. 556.3.1.ª LEC)

Por culpa exclusiva de la víctima debe entenderse aquella que tiene lugar cuando la acción u omisión culposa o negligente del perjudicado en un accidente de circulación haya sido la causa única del daño, cuyo resarcimiento se pretende con fundamento en lo declarado en el auto de cuantía máxima que constituye el título ejecutivo. Este motivo de oposición ha sido objeto de una interpretación muy restrictiva por parte de la jurisprudencia, hasta el punto de que ha dado lugar al denominado «principio de seguridad o conducción defensiva». Por ello, que para que pueda apreciarse se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que la única conducta culpable sea la de la víctima; b) que esta sea exclusiva y excluyente, es decir, que el agente no hubiera incurrido en negligencia alguna, ni siquiera levísima; y c) su demostración clara y perfecta por el demandado, de modo que se

¹⁶ SAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 22 de abril de 2004.

acredite, sin resquicio de duda, que la culpa corresponde al perjudicado de forma exclusiva (Rojas Corrales, 2020).

Estos requisitos, para estimar la excepción de culpa exclusiva, en virtud de la distribución de la carga de la prueba en este proceso, deberán quedar probados por el ejecutado.

En caso de culpa exclusiva de la víctima, subsiste la exoneración de toda responsabilidad del conductor del vehículo (art. 1.1 RDL 8/2004)¹⁷.

5.3.2. Concurrencia de culpas (art. 556.3.3.^a LEC)

A diferencia de la culpa exclusiva de la víctima, nos encontraremos con este motivo de la oposición cuando existiendo culpa de la víctima, la misma no es única ni excluyente, participando en la producción del resultado el conductor del vehículo, bien por un actuar negligente, bien no haber adoptado el mismo las medidas que estaban a su alcance para evitar o aminorar el resultado. Por tanto, debe existir una intervención causal de conductor y la víctima, sin que sus respectivos comportamientos lleguen a romper la relación de causalidad, sin que ninguno se configure como el único factor desencadenante del hecho dañoso. Su apreciación acarrea como consecuencia una moderación de las indemnizaciones que pudieran corresponder a la víctima, teniendo en cuenta el grado de participación de la misma en el resultado dañoso, lo que en la práctica se traduce en la asignación de porcentajes de responsabilidad, con la consecuente reducción de las indemnizaciones en la misma medida (Rojas Corrales, 2020).

Se generaliza la reducción de las indemnizaciones hasta un máximo del 75 %, previsto en las tablas II y V y excluido en la tabla IV del anterior baremo, para cuando la víctima contribuya a la producción del daño (art. 1.2). La novedad relevante es la presunción de concurrencia de culpas si la víctima no hace uso o hace un uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores pero sigue siendo preciso, tal como venía exigiendo la jurisprudencia, que se haya incumplido la normativa de seguridad y que esa infracción haya contribuido causalmente a la agravación del daño¹⁸.

Para aplicar la concurrencia causal de no hacer uso del caso y de un uso inadecuado de cinturones u otros elementos de protección, será necesario la exigibilidad legal del uso del sistema de protección en el supuesto enjuiciado, plasmada en la infracción o incumplimiento correspondiente. A la que se tendrá que añadir la conexión causal de ese no uso con el resultado, es decir, el no uso implica la agravación del daño.

¹⁷ Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial.

¹⁸ Véase nota anterior.

5.3.3. Fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo (art. 556.3.2.º LEC)

Como motivo de oposición a la ejecución, será aquel suceso inesperado, inevitable y que acontece sin intervención alguna del conductor y que es totalmente ajeno a la conducción, debiendo además ser la causa única y exclusiva del siniestro.

Todos los supuestos comprendidos en esta causa de oposición encuentran su justificación en el hecho de que el vehículo se convierte en un mero instrumento de la verdadera causa desencadenante del daño, que no se produce como consecuencia del riesgo inherente a la circulación, sino a causa de un factor absolutamente extraño a ella.

Para que despliegue su eficacia como motivo de oposición, debe reunir los requisitos de exterioridad, inevitabilidad y exclusividad. La exterioridad exige la desconexión absoluta entre la conducta del conductor del vehículo que causó los daños y estos, cuyo origen mediato reside en un hecho o accidente natural o de un tercero que haga desaparecer la relación de causalidad entre la acción y el resultado. La imprevisibilidad e inevitabilidad del daño implica que la conducta de terceros sea independiente de la voluntad del agente, y la actuación del conductor del vehículo asegurado sea meramente pasiva, sin influencia alguna en la producción del resultado (Rojas Corrales, 2020).

Queda excluido de este motivo de oposición el concepto de caso fortuito contenido en el artículo 1105 del CC¹⁹.

6. Conclusión

Con esta exposición podemos concluir que la despenalización parcial de los accidentes de tráfico y la exclusión del auto de cuantía máxima de los procedimientos penales seguidos por lesiones en que no haya sentencia ha significado una absoluta restricción del dictado de autos de cuantía máxima, y aunque el legislador ha optado por la instauración del sistema de oferta y respuesta motivada, a partir de la Ley 21/2007, de 11 de julio, las víctimas de accidentes de tráfico se han visto privadas de un instrumento útil, en cuanto les facilitaba un título de ejecución (art 517.8 LEC), tal como hemos ido exponiendo en este artículo.

Y consideramos que esta nueva redacción del artículo 13 del RDL 8/2004 aboca, sin lugar a dudas, a que las víctimas de accidentes de tráfico tengan que resolver sus reclamaciones frente a las aseguradoras, y en caso de no llegar a un acuerdo, que acontecerá siempre que el perjudicado considere insuficiente lo ofertado por la aseguradora, tendrá

¹⁹ SAP de Jaén de 26 de diciembre de 2008.



que interponer una demanda civil, con el coste correspondiente de la postulación necesaria y la del perito médico valorador, al objeto de delimitar el daño corporal ocasionado. De hecho, desde la entrada en vigor de la Ley 35/2015, el 1 de enero de 2016, las reclamaciones por accidentes de tráfico se encauzan con el correspondiente juicio declarativo, según la cuantía a reclamar, con los costes que hemos arriba reseñado, cuestión que está siendo denunciada desde las asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico.

Referencias bibliográficas

Abella López, J. (2012). La ejecución del auto de cuantía máxima. *Tráfico y Seguridad Vial*, 163/164.

Badillo Arias, J. A. (2015). *La conceptualización del hecho de la circulación en la responsabilidad civil automovilística y el seguro* [Tesis doctoral]. Universidad Carlos III de Madrid.

Magro Servet, V. (2011). *Manual práctico sobre Derecho de la circulación y del seguro en la siniestralidad vial*. La Ley.

Rojas Corrales, J. A. (2020). El proceso de ejecución del auto de cuantía máxima. *Revista Acta Judicial*, 5, 72-107.

Reclamación de maternidad y la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida

Comentario a la STS de 27 de enero de 2022

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

El comentario se centra en el recurso de casación por infracción de ley, por denuncia de «ilógica, errónea y patente valoración de la prueba», pues se cuestiona la prueba de la posesión de estado de hijo extramatrimonial por falta de la debida continuidad. El supuesto estudia la demanda interpuesta por una mujer contra su pareja –también mujer– para que se le reconozca la posesión de estado respecto del hijo de la demandada, con la consecuencia registral de la inscripción de la filiación a su nombre. Al invocarse los motivos de casación, se consideran vulnerados los principios del interés del menor y el de igualdad. El interés, porque se ve afectada la paz social y la seguridad jurídica; el otro, porque

pese a no existir una contribución continuada y presencia en los actos decisivos del menor, se estima la acción de filiación por posesión de estado, cuando en las recientes sentencias del TS, pero referentes a acción de filiación de padres biológicos, no se estima la acción si no se dan dichos requisitos, habiéndose limitado la acción de la aleación sin posesión de estado, según art. 133 del CC, al plazo del año. Por ello se invoca el trato desigual «según sean ejercidas las acciones de filiación por madres o padres». Un asunto de interés, pues se invoca la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de reclamación de filiaciones de esta naturaleza. Además, el principio del interés del menor se va a fundar en la inexistencia de relaciones personales o patrimoniales constantes y duraderas en el tiempo, conviniéndose que no siempre ese interés conlleva reconocer la filiación que se desea cuando falta el *tractatus* a lo largo del tiempo –luego se explicará este concepto cuando se analice la posesión de estado–.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de marzo de 2022).

Téngase en cuenta, además, que cabe recurso de casación por infracción de ley en los casos de posesión de estado, al poder determinarse por la valoración fáctica de unos hechos, pudiendo entenderse que se han valorado mal e inaplicado correctamente la norma que los regula (art. 133 CC: «La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación»).

Tanto el juzgado de primera instancia, como después la audiencia, estimaron la demanda de reclamación extramatrimonial, y es ahora el Tribunal Supremo quien debe decidir sobre la confirmación de los argumentos favorables, o sobre los contrarios. Pero, antes, vamos a aclarar qué debe entenderse por posesión de estado y por filiación extramatrimonial a estos efectos. Porque se ha adelantado que la casación tiene mucho que ver con la incorrecta valoración fáctica de los elementos de referencia de la posesión.

Sin duda, seguimos a la jurisprudencia uniforme sobre esta materia: es posesión de estado, o son criterios para apreciarla, «una *quaestio iuris*», o valorar si los hechos alegados acreditan dicha posesión durante el tiempo. La amplia legitimación para reclamar una filiación de esta naturaleza por constante posesión de estado requiere «la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado», como, por ejemplo, los dos característicos, el *nomen* y el *tractatus*, o la fama, que confirman la apariencia de estado de filiación durante el tiempo, quizás por el ejercicio de los derechos y obligaciones propios de la condición de padre o madre. Que se te conozca, que se te identifique, que recibas el trato de hijo... por quien luego te reclama como tal. La reiteración pública de los actos y la manifestación externa de su ejercicio encadenado transmiten apariencia de filiación o conocimiento social de la misma. Es el tiempo, unido al acto, lo que identifica la posesión de estado. Aun cuando no se use el apellido del progenitor (*nomen*), se puede gozar de la posesión de estado no matrimonial por el ejercicio, por el *tractatus*. Por consiguiente, no es precisa la concurrencia de los dos requisitos, que se pueden dar en la práctica, sino la valoración de los mismos por el tiempo, el conocimiento y el uso reiterado, tanto familiar como social.

En palabras de la STS –que seguimos–:

Es decir, actos del progenitor (a los que pueden sumarse los de su familia) que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo, actos que comporten el cumplimiento de la función propia de un progenitor. E, igualmente, es necesario que concurra la fama, entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio. Con independencia de que pueda ser valorada flexiblemente, si, en atención a las circunstancias concretas, incluidos los condicionantes sociales, se aprecia que no se ha querido hacer ostensible la relación de paternidad, es preciso que concurra una exteriorización constante de la relación de estado.

Así, concebida la posesión de estado, ahora procede concretar la acción para la reclamación de la filiación extramatrimonial, dado el caso de una pareja (ambas mujeres) que nos plantea la filiación extramatrimonial del hijo biológico de una de ellas por la otra. Una de las mujeres se sometió a un procedimiento de inseminación artificial sin gametos de la otra, con semen de un tercero. Queda embarazada y da a luz un hijo el día 12 de junio de 2015. En octubre de 2015 la mujer que da a luz abandona el domicilio y se va con su hijo. El 15 de junio de 2016 se divorcian, y en la sentencia se dice que no hay descendencia común. Al interponer demanda de reclamación de filiación, aun cuando no consta la descendencia común, la madre reclamante alega «que el niño nació fruto del afecto de la relación que existió entre las partes y desde que nació las dos habían sido las madres y así habían sido consideradas en el entorno social, si bien la filiación solo se determinó respecto de la gestante porque cuando nació no estaban casadas». Los contraargumentos de la madre biológica para oponerse están en la sentencia –a su lectura nos remitimos–. Pues bien, centrada así la cuestión, no hay duda de que la relación es extramatrimonial. No están casadas. Pero la filiación del hijo así pretendida, sin matrimonio, requiere concretar que

el art. 131 CC extiende la legitimación para reclamar una filiación manifestada por constante posesión de estado a cualquier persona con interés legítimo.

La amplitud con la que se admite la legitimación activa para el ejercicio de esta acción, al permitir su ejercicio a personas diferentes de los protagonistas directos de la relación, se justifica en el tenor literal de la norma, no solo por la presencia de un interés legítimo en quien litiga (que puede reconocerse sin dificultad cuando la relación de filiación repercute en su propio estado civil familiar) sino, también, en la existencia de una constante posesión de estado (Tribunal Supremo [Civil], Sec. 1.ª, S 09-05-2018, n.º 267/2018, rec. 2762/2001).

Como resumen de los criterios favorables al reconocimiento de la filiación extramatrimonial, diremos: La audiencia ubica en situación de igualdad la relación paterna y materna, porque en ambos casos se aplican igualmente los beneficios de la patria potestad (art. 154 y siguientes del Código Civil); recordando que se dan de la misma manera, aunque no se ostente (art. 110 del Código Civil). Afirma que la decisión de la instancia inferior tutela el interés del menor, y recuerda la singular posición que ocupa el Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existen menores, al ser garantes de sus derechos y protectores de los mismos, desde su posición de imparcialidad (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Como se puede comprobar, aquí la audiencia da respuesta a los criterios impugnatorios de indebida aplicación de las normas, alegados por la parte que recurre en casación, pues se vulnera, a juicio de ella, la igualdad y el interés del menor. Si bien, en cuanto al concepto de igualdad, con unas connotaciones diferentes –como luego veremos–.

Entrando directamente en el análisis de los motivos de casación, nos centramos primero en la invocación por la recurrente de la dejadez de la otra parte con relación al niño, su falta de ejercicio o mantenimiento, o la ausencia de invocación alguna de relación con el

menor en el divorcio. Observaciones no intrascendentes, porque la prueba de la filiación por posesión, como ya se ha visto, viene tanto del *nomen* como del *tractatus*, siendo una cuestión fáctica y jurídica de apreciación por el tribunal, que permite invocarlas como motivos de casación; o como más gráficamente nos sugiere la sentencia cuando recuerda que «la posesión de estado tiene un componente fáctico, los hechos probados a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado». Precisamente por ese componente fáctico se puede impugnar la valoración realizada por la audiencia mediante los recursos de infracción y el de casación. El primero por error en la valoración de la prueba del *nomen* de *tractatus*, fama; el segundo cuando el error recae en la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado (STS 267/2018, de 19 de mayo).

El recurso de casación por error jurídico en la subsunción de los hechos en la norma invoca que el hijo, desde la separación, solo ha vivido con su madre; también que no ha existido ninguna relación personal o patrimonial. «No se ha implicado económica ni personalmente con el niño y los actos esporádicos no constituyen posesión de estado», pues se «requiere actos continuados y constantes de asistencia económica y personal, lo que es exigido por la jurisprudencia y además conecta con el interés del menor y lo expuesto en el motivo anterior (sentencias 267/2018, de 9 de mayo, y 522/2019, de 8 de octubre)». Finalmente, se invoca la infracción del principio de igualdad, considerando que, en este supuesto, debería aplicarse la doctrina de un año para el ejercicio de la acción de filiación (art. 133 CC).

Esta es la parte nuclear de la sentencia. Procedemos, por tanto, a comentar la decisión de la sala, anticipando que se estima el recurso de casación por infracción de ley.

La regulación actual sobre la determinación de la filiación, tanto en la extrajudicial como en las acciones de reclamación e impugnación, cuando de filiaciones producidas por técnicas de reproducción asistida se refiere, requiere de una modificación legal. La sentencia recuerda que la Ley 14/2006 permite la doble maternidad:

«Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». La nueva Ley 20/2021, de 21 de julio, que modifica el artículo 44 de la LRC y permite esa doble filiación con los mismos requisitos.

Al margen de las menciones de la sentencia a las distintas reformas legales, importa aquí resaltar que la revisión en casación es factible en tanto se cuestione la valoración jurídica de la posesión en los hechos probados realizada por la audiencia y de la valoración del interés del menor. Al final, el amplio margen viene determinado por el error en la valoración de la prueba referido a esos dos elementos, y no olvidando que, independientemente de las afirmaciones o razonamientos de la casación, siempre se parte del criterio uniforme de enten-

der como más objetiva e imparcial la realizada por el tribunal. Pues se sabe que uno de los motivos recurrentes de los letrados es el reiterado error en la valoración de la prueba, que encubre, en realidad, una visión distinta de la deducida por el juzgador y que no responde necesariamente al arbitrario juicio de valor realizado por el juzgador en la instancia inferior. Partiendo de los hechos probados, no discutiendo los hechos controvertidos, la impugnación de la sentencia debe centrarse en una indebida aplicación de la norma al hecho o un juicio claramente desviado de la sana crítica.

Pues bien, muchas veces se dice que es el interés del menor un concepto jurídico indeterminado, que guía la ponderación, el juicio y la decisión; pero no siempre ese interés conlleva otorgar una filiación como esta, porque hay que ver si subyace un proyecto reproductivo común de las dos mujeres, si hay posesión e interés. Es decir, el Tribunal Supremo se acoge al criterio de apreciación conjunta de estos tres elementos para decidir sobre la filiación materna de la otra mujer, e invoca diferentes sentencias que contemplan casos parecidos. La posesión de estado, que es el título legitimador para demandar, debe quedar unida al proyecto conjunto, no solo reproductivo, sino familiar.

Si nos dice esta sentencia que en estos casos de filiaciones extramatrimoniales de dos madres –una de ellas la biológica, otra que alega la posesión de estado– el nombre no es determinante, también afirma que no conocer al hijo por los apellidos de la madre no gestante no es un impedimento para la posesión de estado. Pero sí considera que el *tractatus* es imprescindible, pues son «actos de atención y asistencia al hijo que comportan el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes». Cuando el artículo 131 del CC especifica como exigencia que la posesión de estado sea «constante», se está refiriendo a lo anterior, al *tractatus*. Por eso, aun cuando se valora el proyecto en común –antes dicho– y el consentimiento dado antes del parto para el reconocimiento de la filiación del hijo de la otra mujer gestante, cuando se ejercita una reclamación de filiación por posesión de estado es imprescindible el *tractatus*. Esa carencia de goce continuado que crea una apariencia de filiación por el ejercicio constante de una patria potestad sobre el nacido a lo largo del tiempo es imprescindible y aquí no se da. El tiempo de convivencia entra las mujeres desde el nacimiento del hijo hasta la separación es considerado por el Tribunal Supremo como breve, insuficiente. La audiencia provincial no ha valorado el tipo de relación de la demandante con el hijo después de la separación, que ha sido inconstante y esporádico. Es más, no pedir medidas en el procedimiento de divorcio es más que significativo. La ruptura, sin previsión de relaciones paterno-filiales es un dato probatorio del interés o de la escasa relación para con el hijo. Y ese desinterés afecta al *tractatus*, elemento o dato esencial para reclamar la posesión de estado, a falta del *nomen*. Por consiguiente, en la apreciación conjunta de los tres elementos indicados decae significativamente la ausencia del peso de la posesión de estado.

La regulación actual es deficitaria –lo ha dicho el Supremo– y la sentencia nos recuerda que el interés del menor no va asociado necesariamente al reconocimiento de la filiación ex-

tramatrimonial, sino a otros datos. La permisividad de estar legitimado para demandar por esa posesión de estado no está desconectada de la idea de que privar a un progenitor de la facultad de reclamar la filiación no matrimonial es incompatible con el mandato constitucional de investigación de la paternidad y con el derecho a la tutela judicial efectiva. Porque, se ostente o no la paternidad o la maternidad reconocidas, al hijo hay que tenerlo por hijo de sus progenitores o de sus padres como derecho constitucional. Nos lo recuerda la STS de 3 de diciembre de 2014 (Civil), Sec. 1.ª, 707/2014, rec. núm. 1946/2013 de la siguiente manera:

De esta forma, el Código Civil establece una amplia legitimación («cualquier persona con interés legítimo») para reclamar la filiación manifestada por una constante posesión de estado (artículo 131), esto es, cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos de estos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (SSTS de 10 de marzo y 30 de junio de 1988), situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de *nomen, tractatus* y fama o *reputatio*...

Este comentario viene a colación de lo anterior; es decir, investigar la paternidad y tener derecho a ella, a la filiación, no es incompatible con que no responda al interés del menor denegar esa filiación extramatrimonial por falta de la posesión de estado.

No conviene, por tanto, confundir los derechos en juego, los intereses en conflicto, con la tutela judicial efectiva; ni procede acceder a la petición de la demandante por el mero hecho de que haya consentimiento previo y un proyecto en común. Cuando al hijo se le concede la facultad de reclamar la filiación, a falta de posesión de estado, durante toda su vida, y bajo determinadas condiciones –a diferencia del padre–, es porque se prima su interés y se le dota de instrumentos para la búsqueda de la verdad biológica. Es el hijo, no tanto sus padres, quien se ve beneficiado por una legislación más beneficiosa. Por eso, la sentencia en la que se ampara este último comentario, dice:

Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (artículo 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE en el estado civil de las personas).

La presente sentencia del Tribunal Supremo, al estimar el recurso de casación, no se aleja de este postulado esencial: el interés del hijo por encima del de la madre no gestante.

Neutralidad política en la Guardia Civil, armonización entre la necesidad de limitación y el ejercicio de los derechos políticos para el cumplimiento del encargo constitucional que recibe el instituto armado

Rafael Vivar Castellanos

Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA

rafavivar2@yahoo.es | <https://orcid.org/0000-0002-5142-6437>

Extracto

El encargo constitucional que reciben las Fuerzas Armadas de España y por tanto también la Guardia Civil, en cuanto a su doble naturaleza militar y policial, conlleva una serie de limitaciones al libre ejercicio de los derechos políticos de los que todo ciudadano goza.

En el presente artículo desarrollo un trabajo de investigación sobre el ejercicio de los derechos políticos de los guardias civiles.

Desde un punto de vista actual, y tras consultar una amplia bibliografía, abordamos primeramente las limitaciones al ejercicio de los derechos políticos de los guardias civiles, impuestas por la Constitución y las diferentes normas que rigen las funciones de la Guardia Civil. Para abordar, en un segundo momento, los cauces legales por los cuales se rigen las diferentes asociaciones de guardias civiles.

Lo que en un principio podría parecer para los guardias civiles una merma innecesaria de sus derechos políticos, o incluso llevarnos a pensar que estos serían una especie de ciudadanos de segunda, concluiremos la necesidad de la limitación de estos derechos para el desarrollo del encargo constitucional que han recibido; asimismo abordaremos los avances que en cuanto a esta materia se han ido consiguiendo.

Palabras clave: derechos políticos; funciones; neutralidad; Guardia Civil; militares.

Fecha de entrada: 03-05-2022 / Fecha de aceptación: 07-06-2022

Cómo citar: Vivar Castellanos, R. (2022). Neutralidad política en la Guardia Civil, armonización entre la necesidad de limitación y el ejercicio de los derechos políticos para el cumplimiento del encargo constitucional que recibe el instituto armado. *Revista CEFLegal*, 259-260, 33-64.



Political neutrality in the Civil Guard, harmonization between the need for limitation and the exercise of political rights for the fulfillment of the constitutional order received by the armed institute

Rafael Vivar Castellanos

Abstract

The constitutional assignment that is placed Spanish Armed Forces and thus also the Civil Guard, in terms of its dual military and police nature, entails a series of limitations to the free exercise of political rights that every citizen enjoys.

In this article I develop a research work on the exercise of the political rights of the civil guards. From a current point of view and after consulting an extensive bibliography, we first address the limitations to the exercise of the political rights of the civil guards, imposed by the Constitution and the different regulations that govern the functions of the Civil Guard. To address in a second moment the legal channels by which the different associations of civil guards are governed.

What at first might seem to the civil guards an unnecessary reduction of their political rights, or even lead us to think that they would be a kind of second-class citizens, we will conclude the need to limit these rights for the development of the constitutional order that have received as well as we will address the advances that have been achieved in this matter.

Keywords: political rights; orders; neutrality; Civil Guard; military.

Citation: Vivar Castellanos, R. (2022). Neutralidad política en la Guardia Civil, armonización entre la necesidad de limitación y el ejercicio de los derechos políticos para el cumplimiento del encargo constitucional que recibe el instituto armado. *Revista CEFLegal*, 259-260, 33-64.



Sumario

1. Introducción
 2. Naturaleza militar del instituto armado de la Guardia Civil
 - 2.1. Artículo 8 de la Constitución y el encargo constitucional a las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado
 - 2.2. Organigrama de la Guardia Civil
 - 2.3. Consideraciones sobre la naturaleza militar de la Guardia Civil en relación con sus funciones
 3. Ley reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil (LO 11/2007, de 22 de octubre)
 - 3.1. Ejercicio de los derechos de asociación, expresión y reunión en la Guardia Civil
 - 3.2. Ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo
 - 3.2.1. Titularidad del derecho de sufragio
 - 3.2.2. El derecho de sufragio pasivo
 - 3.3. Las asociaciones de la Guardia Civil
 4. Aplicación del Código Penal Militar
 5. Conclusión
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

En el ordenamiento jurídico español, cualquier persona es titular de la libertad de expresión, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, con ciertas excepciones, pues existen sectores o grupos que por motivo de la función que ejercen están sometidos a límites concretos, lógicamente más estrictos.

El ejercicio de los derechos fundamentales, tanto en el ámbito civil como en el militar, no es algo absoluto y carente de límites. Por ello, se requiere establecer una serie de contornos en los supuestos en los que se produzca una colisión o conflicto. Los militares tienen prohibidos o limitados algunos de los derechos y libertades que tienen el resto de individuos, aunque estas situaciones deben respetar el ordenamiento y la normativa constitucional. En el artículo 20 de nuestra Ley Fundamental se reconoce el derecho de todos a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones. Es, probablemente, la libertad pública más explotada de las que el nuevo sistema político trajo consigo.

Igualmente, hay otros derechos de los que se les excluye, como el derecho de sindicación o el derecho de huelga, derecho que no se limita en relación con las fuerzas o institutos armados u otros cuerpos no militares. El motivo de esta exclusión es el mantenimiento de la neutralidad sindical de los militares. Son motivaciones políticas diversas las que han suscitado esta opción legislativa de nuestro sistema jurídico, las relativas a la «neutralidad política» de estos cuerpos del Estado, su aislamiento en definitiva de cualquier esquema que asuma una cierta bilateralidad en la regulación de sus condiciones de trabajo que se sometan de forma plena a un principio de jerarquía y de inmunización democrática, con el fin de fidelizar al gobierno y al Estado democrático, que se considera un objetivo de mayor interés de cara al bienestar de la sociedad en su conjunto (Barrios Flores, 2021, p. 151).

Asimismo, se busca explicar las diferentes dimensiones de los derechos de las Fuerzas Armadas y analizar su repercusión en la actividad práctica de dicho cuerpo.

2. Naturaleza militar del instituto armado de la Guardia Civil

2.1. Artículo 8 de la Constitución y el encargo constitucional a las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado

No se puede negar que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8.1 de la Constitución, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y su ordenamiento constitucional.

Estamos sin ningún género de dudas ante la misión más tradicional de las Fuerzas Armadas. Recordemos que ya el artículo 356 de la Constitución de Cádiz atribuía a la fuerza militar nacional permanente la defensa exterior del Estado (además de la conservación del orden en el interior).

A través de esta defensa exterior del Estado se pretende salvaguardar dos de los elementos configuradores del mismo: la población y la soberanía. La determinación constitucional del artículo 1.2, que convierte al pueblo en el origen de todo poder, puede reconducir el sentido de esta misión, que bien podría ser entendida que se orienta a salvaguardar la residencia de la soberanía en el pueblo español y la libre capacidad de autodeterminación del mismo en el orden internacional que aquella entraña.

La doctrina ha interpretado que el término «garantizar» que aquí se emplea, en contraste con el de «defender», que se utiliza en las dos restantes misiones, supone una actividad de preparación y vigilancia, que llevan primariamente a la idea de disuasión y solo después a la de defensa, como reacción frente a una agresión (González Vallejo, 1992, p. 125). Ello se relaciona con la enmienda número 448, del senador señor Xirinacs. Nuestra pertenencia a la ONU obliga al Estado español a abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia política de cualquier Estado, lo que entraña que el recurso a las Fuerzas Armadas a efectos del empleo material de la fuerza ha de entenderse como el último recurso con el que enfrentar una agresión exterior. Asimismo, ha de recordarse una vez más que la nación española, en el preámbulo de su Carta Magna, manifiesta solemnemente su voluntad de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas (y de eficaz cooperación) entre todos los pueblos de la Tierra». Y por si todo este instrumental de argumentos no fuera suficiente, podría recordarse que, en el Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949, al que España se adhirió el 22 de noviembre de 1977, los países signatarios del mismo manifiestan estar convenidos de que la consolidación de la paz, basada en la justicia y en la cooperación internacional, es de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización.

Todo ello nos lleva a entender que nuestra política de defensa no solo ha de velar para que la defensa nacional, como establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 6/1980, constitu-

ya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional, sino que ha de estar asimismo orientada al mantenimiento de la paz y de la seguridad en el mundo.

Resulta innecesario destacar la instrumentalidad de la institución castrense respecto del Estado en el ejercicio de estas misiones internacionales. El artículo 63.3 de la Ley Fundamental atribuye al rey, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz, atribución que, en el marco de la monarquía parlamentaria, forma política de nuestro Estado, no entraña capacidad decisoria regia alguna. En cualquier caso, la utilización de las Fuerzas Armadas para la defensa exterior del Estado no queda limitada al caso de la declaración formal de guerra (Martínez Atienza, 2020, pp. 33-35).

La defensa nacional tiene como objetivo evitar los ataques militares que pudieran efectuar otros estados-nación o amenazas que procedan de distintos grupos de poder. Entre las funciones que asume la defensa encontramos la inteligencia externa, esto es, cada país requiere saber qué hacen otros países con el fin de organizar su defensa. La inteligencia se relaciona normalmente con el espionaje, algo que puede ser un delito pero que, no obstante, todos los países lo hacen. No obstante, la inteligencia es algo más amplio, que supone obtener y procesar los datos sobre otros países, necesarios para entender cuál es su capacidad de ataque.

En el ámbito de la defensa, se plantean diferentes problemas como el terrorismo internacional y el narcotráfico, actividades realizadas por organizaciones que rompen el esquema tradicional interior-exterior. La defensa nacional requiere desmantelar dichas organizaciones con el fin de salvaguardar cualquier ataque o perjuicio para la población nacional.

La integridad territorial exhibe una doble proyección, como la casi totalidad de la doctrina admite: exterior e interior. Ya incluso en el debate constituyente el diputado socialista señor Múgica Herzog destacó que para su grupo la defensa de la integridad territorial

tiene una doble connotación: la que procede de que un poder extranjero no podrá agredirnos impunemente con el propósito de apropiarse de parte del territorio nacional, y la que se deriva de la firme voluntad de la gran mayoría de los ciudadanos que habitan las comunidades que integran España, de seguir siendo españoles con todas sus consecuencias (Fernández Segado, 1996, p. 23).

La proyección externa, es evidente, pretender hacer frente a cualquier intento de agresión por parte de otro Estado con vistas a apropiarse de una parte de nuestro territorio. En cualquier caso, parece claro que la integridad territorial, desde este punto de vista externo, está protegida por la primera de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas, pues cualquier ataque externo a nuestra integridad territorial deberá concebirse como un ataque a nuestra soberanía e independencia.

La proyección interna pretende impedir una secesión o fragmentación de nuestro territorio, en el bien entendido de que una agresión interna a la integridad territorial lo será,

al unísono, al ordenamiento constitucional (Blanco Valdés, 1988, pp. 70-71), pues, como prevé el artículo 2 de nuestra Carta Magna política, «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española». Es precisamente por ello mismo por lo que se rechazaron, tanto en el Congreso (enmienda número 35, del señor De la Fuente y De la Fuente) como en el Senado (enmiendas números 172, del señor Gamboa Sánchez-Barcaiztegui; 217, del señor Matutes Juan; 226, del señor Carazo Hernández, y 382, del señor Díez Alegría), diferentes enmiendas encaminadas todas ellas a incluir la garantía de la unidad entre las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas. Como señalara el senador centrista señor González Seara,

cuando se dice que a las Fuerzas Armadas corresponde la defensa del ordenamiento constitucional, ahí está ya comprendida la defensa de la unidad de España que se mantiene en algunas enmiendas, porque el ordenamiento constitucional establece claramente, sin ninguna duda, la unidad indisoluble de la Nación española (Coma y Serrano Alberca, 1982, p. 50).

En esta misma dirección, y como ya se ha señalado previamente, el apartado segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980 requiere como finalidad de la defensa nacional «garantizar de forma constante la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional...»¹.

La atribución a las Fuerzas Armadas de la misión de defensa del ordenamiento constitucional es habitual encontrarla, como significara Oehling (1967, p. 70), en las constituciones de aquellos países en cuya historia política ha sido frecuente la incursión del establecimiento armado, o en aquellos otros en que se manifiesta el ánimo temeroso de tal posibilidad.

El precedente más próximo se encuentra en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, que atribuía a las Fuerzas Armadas la defensa del orden institucional, aunque ya la Ley Adicional a la Ley Constitutiva del Ejército, de 19 de julio de 1889, atribuía al Ejército en su artículo 1 la finalidad, entre otras primordiales, de mantener el imperio de la Constitución y las leyes. García Arias (1967, p. 148) entendería la defensa del orden institucional como una función política suprema, que podríamos denominar disuasoria, de las Fuerzas Armadas, no solo por ser estas el último garante del orden institucional español, sino también su custodio. Y consideraría disuasoria esta función política eminente y excepcional de las Fuerzas Armadas, porque el término viene a tener el mismo significado que ofrece la disuasión nuclear en el orden internacional.

¹ A juicio, hartamente discutible ciertamente, de Suárez Pertierra (1988, p. 2387), la idea de unidad no debe sujetarse de una manera directa al criterio «integridad territorial», que en los supuestos constitucional y orgánico se utilizan.

Esta defensa del ordenamiento tiene una proyección inequívocamente interna, esto es, los potenciales agresores no provienen del exterior, sino del interior, pues es obvio que un atentado externo contra nuestro ordenamiento constitucional sería reconducible a un ataque contra la soberanía, la independencia o, incluso, la integridad territorial².

La doctrina ha entendido que el ordenamiento constitucional no ha de limitarse solo a la letra de la Constitución, sino que se extiende a los principios que la inspiran, institucionalizando así en los ejércitos la función política de defensa en el orden interno (Serrano Alberca, 1985, p. 121).

Como ha señalado García de Enterría (García de Enterría y Fernández, 1986, pp. 62-63), el ordenamiento funciona necesariamente como un sistema total, desde el momento en que su función es regular la totalidad del núcleo social del que surge. Del ordenamiento ha de predicarse, pues, un sentido de totalidad, acogido por lo demás por nuestra Constitución, entre otros, en los artículos 1.º y 9.º. De ahí que concordemos con la apreciación de Ballbé (1983, p. 463) de que las Fuerzas Armadas pueden y deben intervenir en la defensa del ordenamiento constitucional, bajo las directrices del Gobierno, no cuando se ponga en peligro algún aspecto parcial o concreto del «orden» constitucional, sino cuando esté en peligro el «ordenamiento», es decir, el conjunto del sistema institucional y normativo. Ello, al mismo tiempo, supone la radical exclusión del recurso gubernamental a las Fuerzas Armadas cuando lo que esté en peligro sea el orden, la seguridad ciudadana, a diferencia de lo que ocurría históricamente en nuestro país, y a diferencia también, por ejemplo, de la regulación constitucional austríaca (art. 79), que permite que el Ejército Federal, a solicitud de la legítima autoridad civil, pueda ser llamado para que se mantenga el orden y la seguridad.

Existe una generalizada opinión doctrinal (Trillo-Figueroa, 1979, p. 120) en el sentido de que la defensa del ordenamiento constitucional es una defensa de carácter material, cuya naturaleza es por ello mismo política, bien diferenciada de la defensa jurídica, que se encomienda al Tribunal Constitucional.

De igual forma, hay coincidencia (Esteban y González-Trevijano, 1994, p. 360) en la naturaleza excepcional y eminentemente disuasoria de esta misión que se encomienda a las Fuerzas Armadas. Y es una evidencia asimismo el carácter instrumental de las Fuerzas Armadas. Como señala Vergottini (2005, pp. 296-297), el principio de intervención de las Fuerzas Armadas exclusivamente previa petición del poder político no es sino una especificación de la naturaleza meramente ejecutiva de los poderes propios de las autoridades castrenses, y se refiere no solo a la intervención en las relaciones internacionales del Estado, sino, sobre todo, a las relaciones internas.

² En igual sentido, Blanco Valdés (1988, p. 71).

Ahora bien, llegados aquí surge un problema de interés: ¿dispone el Gobierno de la libre capacidad de disposición sobre las Fuerzas Armadas con vistas a su utilización para la defensa del orden constitucional?

López Ramón (1987, p. 324), en una postura más bien minoritaria, entiende con carácter general que además de en el estado de sitio, la posibilidad de que las Fuerzas Armadas intervengan para el cumplimiento de las misiones encomendadas por el artículo 8.1 (también, pues, para la defensa del ordenamiento constitucional) permanece abierta, en manos de la autoridad política a quien corresponda la disposición efectiva de los ejércitos (el Gobierno, pues a él se atribuye el poder de disposición de las Fuerzas Armadas, ex art. 97 CE). Esa es, a juicio del citado autor, la única solución coherente con el contenido del texto constitucional, que no encauza necesariamente por la vía del estado de sitio el uso de las Fuerzas Armadas. Enumera misiones de las Fuerzas Armadas, misiones que estas llevan a cabo en la forma decidida por el órgano político que puede disponer de ellas³.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina no coincide con la opinión precedente. Y así, Alzaga Villaamil (1984, p. 130) cree que la defensa del orden constitucional que corresponde a las Fuerzas Armadas es a través de las funciones que, llegado el caso, deban asumir, declarado el estado de sitio. También Cruz Villalón (1981, p. 101) considera que la institución del estado de sitio es el instrumento a través del cual las Fuerzas Armadas pueden ser llamadas por el Congreso de los Diputados a colaborar, bajo las órdenes del Gobierno, en el rechazo de una agresión interna contra el ordenamiento constitucional de España. Para Trillo-Figueroa (1979, p. 124), es a través del estado de sitio, con sometimiento al Gobierno, y en los términos que fije el Parlamento, como se instrumentaliza la función de defensa del ordenamiento constitucional por las Fuerzas Armadas. Y en idéntica dirección, Blanco Valdés (1988, p. 72) cree que solo declarado el estado de sitio es posible constitucionalmente la intervención interna de las Fuerzas Armadas⁴.

Por nuestra parte, como ya se señaló tiempo atrás (Fernández Segado, 1984, pp. 518-520), el estado de sitio es el procedimiento necesario a cuyo través se canaliza la participación de las Fuerzas Armadas en la defensa del ordenamiento constitucional español. No otro significado ha de darse al artículo 32.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, que, al contemplar los supuestos de hecho que habilitan para la declaración de este estado, reproduce miméticamente la previsión constitucional del ar-

³ Análoga es la posición de Luis Sánchez Agesta (1982, pp. 147 y ss.; en concreto, p. 151), quien cree que el estado de sitio no agota enteramente la participación de las Fuerzas Armadas en la defensa del ordenamiento constitucional bajo la autoridad del Gobierno.

⁴ Ballbé (1983, p. 463) cree que la intervención de las Fuerzas Armadas en defensa del ordenamiento constitucional solo se puede dar en el supuesto de que previamente se haya declarado el estado de excepción o de sitio previstos en el artículo 55 de la CE, opinión ciertamente hartamente discutible, por lo que al estado de excepción atañe.

título 8.1, lo que nos lleva a la conclusión de que el legislador, en sede orgánica, ha querido limitar el poder de disposición gubernamental sobre las Fuerzas Armadas en orden a la misión que a estas corresponde cumplir, de defensa del ordenamiento constitucional.

En definitiva, cuando el Gobierno entienda que se ha producido o existe la amenaza de que se produzca una insurrección o acto de fuerza contra el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, vendrá obligado a proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio. Solo así, con el necesario control parlamentario, podrá recurrirse a las Fuerzas Armadas para la defensa del ordenamiento constitucional (Fernández Segado, 2006, p. 454; Guinea Bonillo y Anguita Osuna, 2019, pp. 66-67).

Las Fuerzas Armadas pueden cumplir otras misiones diferentes de aquellas que la Constitución específicamente contempla en su artículo 8.1, pues este artículo, como bien advierte López Ramón (1987, p. 328), no limita categóricamente el ámbito de actuación de las Fuerzas Armadas, bien que las misiones que en él se enumeran constituyan el ámbito competencial típico de los ejércitos, es decir, las funciones que estos realizan en cuanto tales, concretadas en intervenciones armadas.

El artículo 22.1 de la Ley Orgánica 6/1980 establece que «las Fuerzas Armadas, a requerimiento de la autoridad civil, podrán colaborar con ella en la forma que establezca la Ley para casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga»⁵. Y en esa misma dirección, el artículo 193 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas prevé que en caso de catástrofe o calamidad pública el militar, a no ser que tenga orden superior en contra, debe otorgar su ayuda, intentando reducir los daños y auxiliar a los afectados.

2.2. Organigrama de la Guardia Civil

Tiene una dependencia orgánica, funcional o técnica de varios ministerios: del Ministerio del Interior (para la gran mayoría de las misiones que tiene encomendadas de carácter policial y, en especial, en lo que respecta a servicios, retribuciones, destinos y medios), del Ministerio de Defensa (en cuanto a ascensos y misiones de carácter militar), del Ministerio de Hacienda (relativas al resguardo fiscal del Estado), del Ministerio de Justicia (por sus funciones de policía judicial) y del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino (en cuanto a las funciones propias que tiene atribuidas de protección de la naturaleza). Esta dependencia múltiple ampara la actuación de la Guardia Civil en todas las acciones posibles en la lucha contra los delitos medioambientales (Verón Bustillo, 2017, p. 245).

⁵ En este sentido, el Gobierno de España ha contemplado una medida para hacer frente a la covid-19 en la actualidad. Se ha empleado a las Fuerzas Armadas en distintas misiones y cometidos, siendo relevante su actuación, pese a que no sea una cuestión novedosa en la historia contemporánea de nuestro país.

La naturaleza militar de la Guardia Civil implica un sometimiento a la disciplina militar y, por ende, una aplicación de la normativa penal y procesal militar, ya que sus miembros están sometidos a la jurisdicción militar⁶, es por ello por lo que la atribución de la tutela judicial efectiva en el ámbito disciplinario a la jurisdicción militar aparece consagrada en diferentes normas.

Como ya se ha observado con anterioridad, la primera circunstancia que se podría destacar en relación con la naturaleza de la Guardia Civil en la CE es que en la definición de las Fuerzas Armadas que hace el artículo 8 no queda incluido en benemérito instituto, rompiendo de este modo una tradición que se remonta, cuando menos, a 1878 (Cosidó Gutiérrez, 2001, pp. 25-34). Ahora bien, el hecho de que no lo haga no implica que, verdaderamente, la Guardia Civil no esté incluida en la estructura de las Fuerzas Armadas, a nivel constitucional, es decir, en relación estrecha con las altas misiones que dicho artículo enumera: garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

Por otro lado, el artículo 104 de la CE estableció que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, reservando un instrumento normativo de especial valor jerárquico como es la ley orgánica –regulada en el artículo 81 de la Carta Magna– para la determinación de las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Incluso, se podría afirmar, para la determinación de cuáles son esas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ya que en dicho artículo 104 tampoco se fija expresamente que la Guardia Civil pertenezca a ellos.

Pero este precepto reseñado no es el único en el que la Constitución deja entrever la verdadera naturaleza de la Guardia Civil. Fundamentalmente⁷, uno con carácter positivo, el artículo 28 de la CE, al hacer expresa mención a ella como instituto armado de naturaleza militar, más concretamente «cuerpo sometido a disciplina militar»⁸. Como desarrollo de este precepto se dicta la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, y ya en la

⁶ Entre otras STS, Sala V de lo Militar, de 20 de junio de 2009.

⁷ Independientemente de otras aportaciones en el propio texto constitucional en relación con las Fuerzas Armadas, como el artículo 28.2 en la limitación del derecho de huelga, en el artículo 29 en la limitación del derecho de petición colectiva o en el artículo 70 en relación con la inelegibilidad de los militares.

⁸ Así, el artículo 28, dentro del bloque de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, regula y prevé el derecho a sindicarse libremente. Reconoce este artículo en su párrafo primero que «la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados, a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos». La STC invocada reconoce que «no puede decirse que la Constitución establezca, como dos bloques institucionales rígidos e incommunicables, los incluidos en los arts. 8 y 104, pues el propio texto constitucional prevé y permite (arts. 28.1 y 29.2) la existencia de Institutos armados y de Cuerpos sometidos a disciplina militar distintos a las Fuerzas Armadas, reconociendo así un *tertium genus* o una «figura intermedia» entre aquellas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no sometidas a disciplina militar».

exposición de motivos nos adelanta algunas características de su regulación. En concreto, el legislador dispone que

se fija el ámbito subjetivo de la Ley, incluyendo a todos los trabajadores por cuenta ajena, lo sean o no de las Administraciones Públicas. Únicamente quedan exceptuados del ejercicio del derecho los miembros de las Fuerzas Armadas e Institutos Armados de carácter militar [...]. Se remite a una norma específica la regulación del derecho a las Fuerzas de Seguridad e Institutos Armados de carácter civil⁹.

A continuación, el análisis versará sobre las dos leyes orgánicas derivadas de los preceptos constitucionales indicados. Por parte del artículo 8, la referencia se hará a la Ley de defensa nacional; por parte del artículo 104, se hará a la Ley orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS).

Según el artículo 10 Ley orgánica de la defensa nacional (LODN), las Fuerzas Armadas son el elemento esencial de la defensa y constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. De este precepto se extrae, sin dificultad, una idea que ya quedó plasmada en la Ley Orgánica 6/1980 y en el propio artículo 8 de la CE, y es que la Guardia Civil no formaría parte de las Fuerzas Armadas en sentido estricto¹⁰.

El capítulo II del título V de la LODN, bajo el significativo epígrafe de «Contribución a la Defensa», se dedica expresamente a la Guardia Civil. El artículo 23 ratifica su naturaleza jurídica como instituto armado de naturaleza militar y su doble dependencia. Así, establece que «la Guardia Civil es un Instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior en el desempeño de las funciones que se le atribuyen por la LOFCS, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden». Todo parece indicar que la doble vinculación del benemérito instituto se mantiene con la regulación actual, si bien el artículo 25 se encarga de precisar qué misiones ostentarán el carácter de militares y, por vía de exclusión, las misiones asignadas en tanto que cuerpo de seguridad. El artículo 24 establece que «el Gobierno, mediante Real Decreto, regulará las misiones de carácter militar a que se refiere el artículo anterior, aplicando las condiciones y el régimen de consulta previsto en esta Ley a las misiones que se realicen en el exterior».

⁹ Con ello, el artículo primero de la ley, a la hora de definir el ámbito subjetivo de aplicación de la misma, establece en su párrafo segundo que quedarán exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de los institutos armados de carácter militar. Añade, por su parte, el párrafo quinto que el ejercicio del derecho de sindicación de los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos institutos.

¹⁰ Como tampoco, en principio, los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas que no tienen una consagración específica en el artículo 8, pero, en cambio, sí que están dentro de la estructura de estas, y sus miembros, sin duda, tienen la condición de militares.

Además, el artículo 25 contempla que en tiempo de conflicto bélico y durante la vigencia del estado de sitio las actuaciones de la Guardia Civil serán coordinadas por el Consejo de Defensa Nacional, dependiendo en tales supuestos directamente del ministro de Defensa, en los términos que determine el presidente del Gobierno.

En definitiva, considerando que del tenor literal de la LODN no puede deducirse que esta solo sea aplicable a la Guardia Civil en situaciones de guerra, estado de sitio o en misiones de carácter militar, como la parte recurrente había argumentado en la sentencia de 13 de febrero de 2012. Es más, dicha ley, orgánica, como ya se ha reseñado, fija taxativamente que la Guardia Civil «es» un instituto armado de naturaleza militar.

Siguiendo con el razonamiento expuesto, falta por demostrar qué dice la LOFCSE. La doble vinculación a la que se viene haciendo referencia queda reflejada en el artículo 14. Según el párrafo primero, el Ministerio del Interior contendrá todo lo relativo a los servicios de la Guardia Civil relacionados con la seguridad ciudadana y demás competencias que esta ley le atribuye, así como a sus retribuciones, destinos, acuartelamientos y material.

El párrafo segundo establece que, junto con los ministros de Defensa y de Interior dispondrán todo lo relativo a la selección, formación, perfeccionamiento, armamento y extensión territorial, y propondrán al Gobierno el nombramiento del titular de la Dirección General de la Guardia Civil, así como la normativa reguladora del voluntariado especial para la prestación del servicio militar en la misma. Y, por último, el párrafo tercero, finalmente, preceptúa que «el Ministro de Defensa dispondrá lo concerniente al régimen de ascensos y situaciones del personal, así como a las misiones de carácter militar que se encomienden a la Guardia Civil, ejerciendo, respecto al voluntariado especial para la prestación del servicio militar en la misma las competencias que normativamente le correspondan».

Como correlato de lo anterior, el artículo 15 dispone que la Guardia Civil, por su condición de instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica¹¹.

2.3. Consideraciones sobre la naturaleza militar de la Guardia Civil en relación con sus funciones

Según ha estimado el legislador, la estructura militar de la organización de la Guardia Civil y la condición militar de sus miembros supone un particular estatuto jurídico, que es

¹¹ En este sentido Manzano Sousa (1989, p. 4769). Según este autor, «la "normativa específica" a que hace alusión el artículo 15 de la LOFCS, aunque no tan bien definida como sería de desear con mención expresa en una norma legal, no puede ser otra que la Ley Disciplinaria Militar».

el que más conviene al conjunto de las misiones que se realizan, ya sean policiales o militares, ya en tiempo de guerra o de paz.

El artículo 117.5 de la CE reza:

El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

El Código Penal Militar no es una norma punitiva orientada solamente para los supuestos de guerra, conflicto armado o supuestos de anormalidad constitucional. El derecho penal militar responde, en tiempo de paz, a la necesidad de tutela penal de singulares valores y bienes jurídicos consustanciales a la organización militar –ámbito estrictamente castrense–, como los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia.

Partiendo de esta premisa, en momentos de normalidad constitucional, por un lado, se halla la eficacia del cumplimiento cotidiano de las misiones, cualesquiera que estas sean, asignadas en tiempo de paz a la Guardia Civil, y por otro, también está la necesidad de preservar la asunción de valores y adopción de hábitos de conducta que redunden en la eficacia militar de la Guardia Civil, tanto en las misiones de paz como en el campo de la disuasión y en el de potenciales conflictos armados. Estas capacidades no pueden ser improvisadas cuando surge el conflicto, sino que de modo permanente la disciplina ha de ser practicada y exigida como norma de actuación.

En este sentido, es importante considerar que la Guardia Civil está vinculada con la defensa nacional con carácter ordinario, y no extraordinario u ocasional. Así lo ponen de manifiesto los artículos 23 a 25 de la LODN, y los artículos 9 b) y 14.3 de la LOFCS. Tal vinculación exige un previo adiestramiento de carácter militar que no se improvisa repentinamente, y es claro que este adiestramiento no se limita al empleo de los medios materiales, sino que comprende la formación del individuo para que sea efectivo en el empleo táctico; es decir, que haga aquello que se espera de él en cada momento conforme a un plan diseñado de forma escalonada. A tal fin, es preciso crear en el sujeto un mecanismo interno de respuesta a las órdenes que reciba dentro de ese plan, mecanismo que debe asumir como algo necesario y hacerlo propio, para lo cual dentro de la formación militar se le impone la disciplina y se potencia el espíritu de cuerpo. Pero siendo potencialmente insuficientes los mecanismos positivos –y más en situaciones críticas–, debe también motivarse la conducta que se espera mediante un derecho sancionador, entre cuyos fines se halla el de prevención general¹².

¹² En este sentido, *vid.* Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 de febrero de 2007, al entonces anteproyecto de Ley de régimen disciplinario de la Guardia Civil.

La Guardia Civil presenta una perfecta disposición a lo largo de todo el territorio nacional, algo que va en su propia idiosincrasia, con especial incidencia en el ámbito rural y la capacidad de desplazamiento por este medio. Es un instituto armado que conjuga a la perfección el respeto a sus competencias en materia de protección de los derechos y libertades de los ciudadanos con su estructura, el orden, la disciplina y la capacidad de despliegue militares, que permite intervenir en cualquier lugar del territorio nacional, para contribuir a la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de orden público o de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas.

Esa naturaleza militar se manifiesta en la dimensión, estructura y despliegue de la Guardia Civil, en su disciplina, que conforma el elemento más principal por la diseminación en que ordinariamente deben hallarse sus miembros, en su versatilidad, polivalencia, especialización múltiple y en su formación de carácter militar. La Guardia Civil, gracias a todo ello, está en las mejores condiciones para realizar las funciones policiales y estrictamente militares que se le asignen (Sedano Lorenzo, 2014, p. 14).

Estas características cobran mayor relevancia en la actualidad, en que la distinción clásica entre seguridad exterior e interior está cada vez más difuminada, por la convergencia entre los riesgos interiores y exteriores, como el terrorismo, el narcotráfico y el crimen organizado, confluencia de riesgos que diluye la diferencia entre operaciones militares y operaciones policiales, y que provoca una creciente interacción entre la acción militar y la policial, para la que la Guardia Civil es el elemento de engarce entre la seguridad interior y la exterior. En este campo de actuación la Guardia Civil cumple importantes misiones, entre otras, de inteligencia y contrainteligencia, vigilancia de costas y fronteras, contención de la inmigración irregular, operaciones contra el narcotráfico, protección de comunicaciones, redes de telecomunicaciones y de otras instalaciones estratégicas de carácter civil, todo ello sin contar con las amenazas emergentes que desaconsejan desaprovechar las cualidades reseñadas de un cuerpo militar como la Guardia Civil¹³.

En conclusión, el ejercicio de funciones policiales no solo no hace inidónea la aplicación a los miembros de la Guardia Civil del régimen penal, ni la plena observancia en ella de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, sino que la observancia de régimen castrense es capital en la eficacia en el servicio de la Guardia Civil. La actual idiosincrasia de la Guardia Civil resulta ser una opción de política legislativa en materia de seguridad y defensa que, quizá, no sea ajena al prestigio del benemérito instituto, por su eficacia, seriedad y buen haber al proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana¹⁴.

¹³ Todo ello se especifica en ya citado Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 de febrero de 2007.

¹⁴ En una época como la actual, en la que la opinión pública se muestra especialmente crítica con muchas de las principales instituciones del Estado en general, y con las estructuras de la Administración pública en particular, según datos del Centro de Investigaciones Sociológicas en su Informe de abril de 2013, la Guardia Civil es la institución más valorada de España (con una calificación de 5,71).

3. Ley reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil (LO 11/2007, de 22 de octubre)

3.1. Ejercicio de los derechos de asociación, expresión y reunión en la Guardia Civil

Los funcionarios de estos cuerpos armados excluidos de la libertad sindical, no obstante, pueden constituir asociaciones de carácter profesional, no sindical, y pertenecer a ellas.

La Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, prohíbe la sindicación (art. 11), pero permite la creación de asociaciones profesionales para «la satisfacción de los intereses sociales económicos y profesionales de sus asociados y la realización de actividades sociales» (arts. 36 a 50). Además, crea un Consejo de la Guardia Civil en el que participan los representantes de los miembros de la Guardia Civil elegidos mediante sufragio personal, libre, directo y secreto, a través del procedimiento regulado en el Real Decreto 1963/2008, de 28 de noviembre. Su organización y funcionamiento interno se regula en el Real Decreto 751/2010, de 4 de junio. También tiene reconocido el derecho de reunión, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, aunque no pueden organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical (art. 1 LO 11/2011, de 1 de agosto).

Su específica normativa reguladora subordina el ejercicio de los derechos fundamentales de los guardias civiles a la seguridad pública y la necesaria neutralidad del cuerpo. También prohíbe, junto a la libertad sindical, el derecho de manifestación y el de reunión, siempre que se vista el uniforme reglamentario o se porten armas; así como el derecho de negociación colectiva y adopción de medidas de conflicto colectivo, desde luego, el derecho a la huelga y a llevar a cabo acciones sustitutivas de la misma (art. 11 LO 11/2007).

Reconoce, no obstante, la posibilidad de contar con asociaciones profesionales que no pueden llevar a cabo actividades políticas o sindicales, y que han de tener ámbito estatal y someterse a los principios de transparencia y publicidad; y que pueden dirigir peticiones relacionadas con sus fines, realizar propuestas, asesorar y prestar asistencia y apoyo a sus asociados, representarlos ante las Administraciones públicas y promover candidaturas para la elección de los integrantes del Consejo de la Guardia Civil, su órgano representativo y de participación (art. 9 LO 11/2007).

3.2. Ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo

La participación del ciudadano no se concibió, *ab initio*, como un fin en sí misma, sino como un medio para garantizar la libertad. Consecuentemente, en el primigenio Estado constitucional no se requería que todos los ciudadanos intervinieran para que su concep-

ción de democracia se materializase. De ahí que no pueda considerarse que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclame la participación política como un derecho público subjetivo, sino como una función impuesta en interés común. Tal tesis está amparada por el hecho de que el derecho de participación solo se constitucionalizó en esos momentos en los Estados Unidos tras una larga lucha por las libertades. Más adelante, la llegada del Estado constitucional democrático, y su aportación del principio de igualdad, supuso la propuesta de que fuese «todo el pueblo» quien participase en el proceso político.

Actualmente, la idea de democracia y la de participación de todos los ciudadanos están estrechamente unidas, de modo que la participación de los ciudadanos en la vida política y en la toma de decisiones conforman el propio concepto de democracia. El derecho de participar, directamente o a través de representantes, es un requisito funcional del Estado democrático representativo que la Constitución ha protegido de modo particularmente enérgico mediante su configuración como derecho fundamental. Así pues, la participación política se convierte en un imperativo constitucional que forma parte de la esencia misma del Estado democrático.

En el preámbulo de nuestra Constitución se manifiesta la voluntad de organizar «una sociedad democrática avanzada» mediante la extensión de la participación de los ciudadanos para ir más allá del tradicional *status civitatis*, relativo a la designación de representantes políticos, que da como resultado la existencia de una compleja variedad de formas de participación, tanto en ámbitos políticos como de otra naturaleza: administración, justicia, vida económica, etc. Entre todos estos el derecho de participación electoral, o sufragio activo, en nuestra Constitución se reconoce como un derecho fundamental en el artículo 23, lo que constituye un hito histórico, siendo, no un derecho o una libertad más, sino, como afirma Santamaría Pastor (1980), la auténtica vertiente, subjetivizada, de toda la estructura democrática del Estado. Pero la interpretación del artículo 23 de la CE viene condicionada por otras disposiciones constitucionales, fundamentalmente el artículo 1.2 de la CE, donde se establece que la soberanía nacional reside en el pueblo, y el artículo 9.2 de la CE, que determina el deber de promoción de la participación efectiva y real de todos los ciudadanos en la vida política, que corresponde a los poderes públicos.

Por su ubicación, en la sección I, del capítulo II del título I, este derecho se considera vinculante para todos los poderes públicos, y la cláusula contenida en el artículo 53.2 de la CE prevé su protección mediante un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Por lo que respecta a su naturaleza, el derecho de sufragio activo está considerado como un derecho público subjetivo. Su configuración como derecho impide que sea jurídicamente exigible, por lo que no puede pensarse su no ejercicio, esto es, la abstención. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha aportado un interesante matiz con su sentencia de 20 de diciembre de 1990, al afirmar que «el derecho de sufragio presenta a la vez otro polo como obligación ciudadana, el ejercicio de la cual constituye la base del sistema democrático».

Afirmación que entendemos habrá de interpretarse dentro del marco del derecho de sufragio como derecho fundamental.

El derecho de participación reconocido en el artículo 23 de la CE posibilita que esta sea directa o indirecta. La participación directa supone la adopción inmediata de decisiones por parte de los ciudadanos, como en el caso del referéndum, previsto en la Constitución como constituyente, consultivo, y el denominado autonómico, regulados por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre la regulación de las distintas modalidades de referéndum, o como en el caso del concejo abierto previsto en el artículo 140 de la CE y regulado por el artículo 29 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, pero será la participación por medio de representantes la que trataremos a continuación, por ser esta el objeto de nuestro estudio.

3.2.1. Titularidad del derecho de sufragio

La Constitución dispone en el artículo 23.1 que las elecciones han de ser libres y por sufragio universal. Y así se recoge en los artículos 68.1, 69.2, 152.1 y 140 de la CE en relación con los principios que configuran el voto. Se habla de sufragio universal por oposición al sufragio restringido, lo que supone que la capacidad jurídica no depende ni del dinero (sufragio censitario) ni de la cultura (sufragio capacitario); es decir, el ordenamiento jurídico hace abstracción de las condiciones del «ciudadano», pero esta abstracción no es absoluta, como luego veremos, existiendo una relación directa entre ciudadanía y derecho de sufragio. Dicha conexión se incluye en la propia noción de ciudadano, considerado como aquel que reúne las condiciones necesarias para participar en la gestión de los asuntos públicos. Asimismo, el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre ya establecía esta vinculación entre el derecho de sufragio y la ciudadanía, al afirmar que «todos los ciudadanos tienen el derecho a concurrir».

La elección terminológica plasmada en el artículo 23.1 de la CE no parece que planteara demasiados problemas entre los constituyentes, pues no hubo, en este aspecto, modificaciones con respecto al texto del anteproyecto constitucional (todo lo contrario a lo que ocurrió en relación con la redacción del apartado segundo). De la utilización de «los ciudadanos» por el constituyente se deducen diferencias con relación a la utilización de «los españoles» en otros preceptos constitucionales, interpretándose que los titulares del derecho serán «aquellos españoles que tengan capacidad política para intervenir en la vida pública», lo que habilita al legislador para contemplar supuestos de suspensión o privación del derecho de sufragio activo, incluso en defecto de previsión constitucional concreta.

El artículo 23 de la CE es, por otra parte, el único caso, entre los artículos que reconocen derechos fundamentales, en que se utiliza «los ciudadanos» para referirse a los titulares de un derecho político, siguiendo la línea de la doctrina liberal en que el derecho de sufragio supone siempre una conexión con el Estado. Sin embargo, hoy en día se pone en tela de

juicio la afirmación de que solo los nacionales tengan dicha vinculación, por lo que el artículo 13.2 de la CE reconoce el derecho de sufragio a los residentes no nacionales en las elecciones municipales, lo mismo que ocurre en relación con las elecciones al Parlamento Europeo, si son ciudadanos de la Unión Europea.

Por consiguiente, ¿quiénes son los titulares del derecho de sufragio activo? Según el artículo 68.5 de la CE, son electores todos los españoles que estén en pleno derecho de sus derechos políticos. El problema se suscita a la hora de identificar nacional-ciudadano, o ciudadano-elector, pues en ninguno de los dos casos la equivalencia es plena en el ámbito electoral. La ciudadanía sería el grado más elevado de la nacionalidad y solo la alcanzan «quienes tienen la capacidad jurídica legalmente reconocida para intervenir en la cosa pública», en palabras de Aguiar de Luque (1984). Que la Constitución atribuya a los ciudadanos la titularidad de este derecho, por lo que respecta al ámbito nacional y autonómico, debe entenderse que lo hace respecto de los «ciudadanos españoles» y, por si existía algún resquicio a través del cual pudiera otorgarse la titularidad de los mismos a los no nacionales mediante una interpretación amplia de la noción de ciudadanía, el Alto Tribunal ha reiterado, en las SSTC 107/1984 y 64/1988, que los derechos reconocidos en los dos apartados del artículo 23 de la CE se encuentran «entre los que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros», con algunas salvedades.

Sin embargo, la aparición de la «ciudadanía europea» supone la superación de los conceptos tradicionales de nacionalidad y ciudadanía, al haberse creado un nuevo vínculo jurídico-político entre el individuo y la Unión Europea que incide sobre la titularidad de una serie de derechos, entre ellos del derecho de sufragio. Atendiendo a esta nueva situación, la Ley orgánica del régimen electoral general (LOREG), artículo 176, posibilita el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales en dos supuestos:

- a) En virtud de tratados bilaterales, cuando sus respectivos países permitan el voto de los españoles en las elecciones municipales.
- b) De conformidad con el artículo 8.B.1 del tratado, gozarán del derecho de sufragio en las elecciones municipales que se convoquen en España los nacionales de los Estados miembros de la Unión residentes en España.

Por lo que respecta a las elecciones al Parlamento Europeo, el artículo 210.1 de la LOREG dispone que gozan del derecho de sufragio activo todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española:

- a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea.
- b) Cumplan los requisitos para ser elector exigidos en la LOREG para los españoles y gocen del derecho de sufragio activo en el Estado miembro de origen.
- c) Hayan optado previamente en tal sentido.

Por último, se debe mencionar que el derecho de participación se otorga a los nacionales en cuanto personas físicas (ciudadanos solo pueden serlo las personas físicas) y no a las personas jurídicas, como se advierte en la STC 51/1984, en donde el Alto Tribunal recuerda que «este es un derecho que se otorga a los ciudadanos en cuanto tales y, por consiguiente, no puede reconocerse genéricamente a las personas jurídicas».

a) Los electores y los votantes.

Los electores, a diferencia de los votantes, son quienes ostentan la capacidad y cumplen los requisitos para ser votantes, con independencia de que ejerzan o no el derecho de sufragio, reservándose el término votante para quien, efectivamente, haya hecho uso del derecho de sufragio y acudido a las urnas depositando su voto, tal y como se desprende de la actual redacción del artículo 105.4 de la LOREG.

Con la reforma de este precepto en 1991, se zanjó una fuerte polémica jurisprudencial existente con anterioridad, por cuanto las juntas electorales, y gran parte de los tribunales superiores de justicia, entendían que el concepto de elector se identificaba con el de votante. Frente a este criterio, el Alto Tribunal, en las SSTC 24/1990 y 26/1990, mantuvo que el concepto de «electores» se entiende referido a los inscritos en el censo con capacidad de votar y no por tanto a los votantes, lo que resulta determinante a la hora de computar los votos cuando la junta competente realice el escrutinio general, como luego veremos.

b) Condiciones generales: edad, nacionalidad y requisitos negativos.

El hecho de que el ejercicio del derecho participación esté sujeto al cumplimiento de determinados requisitos no atenta contra el reconocimiento del derecho de sufragio universal, ni contra el artículo 3 del protocolo adicional, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo en la sentencia de 21 de febrero de 1975, caso Golder. Por consiguiente, cada Estado puede imponer los condicionamientos que considere pertinentes, desde el momento en que no existe un derecho ilimitado a participar en las elecciones.

Estos requisitos (edad, nacionalidad, residencia, inscripción en el censo, etc.) serán más o menos gravosos dependiendo de los criterios adoptados en relación con la extensión del cuerpo electoral. Aunque, en un Estado que realmente pueda calificarse de democrático, este margen de decisión nunca podrá ser ilimitado, deberá intentarse que sea el menor número posible de ciudadanos el que quede excluido de su ejercicio. Y, en caso de que existan exclusiones, estas «no podrán ser arbitrarias ni atentar contra la libre expresión de la opinión del pueblo», según palabras de la Comisión Europea en la resolución sobre la demanda núm. 8765/1979. Por consiguiente, la imposición de requisitos será admisible siempre que no afecten al contenido esencial del derecho ni lo restrinjan de tal modo que este devenga ineficaz, persiga objetivos legítimos, no irrazonables o discriminatorios, y sean

proporcionados a la finalidad a la que aspiran, según se desprende de la Sentencia del Tribunal Europeo de 8 de julio de 1986, caso Lithgow y otros.

La edad es la restricción más clásica y objetiva, cuya finalidad presumiblemente es garantizar que quien ejerce el derecho ha alcanzado la madurez intelectual que le capacite para hacerlo con responsabilidad. La LOREG, en su artículo 2, dispone que el derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no se encuentren comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 3 (requisitos negativos). Según el artículo 12 de la CE la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, de modo que se hace coincidir la mayoría de edad civil con el cumplimiento del primer requisito para ser elector. Este requisito ha de perfeccionarse con carácter previo al día de la votación, siendo necesario acreditarse su cumplimiento mediante la exhibición del DNI u otro documento análogo.

La nacionalidad como requisito ya ha sido tratado anteriormente, por lo que ahora nos limitaremos a señalar que esta exigencia retrotrae a un concepto de Estado típicamente liberal, de manera que ya desde su inclusión en el Real Decreto-Ley 20/1977 se propuso la revisión del mismo, entre otros, por Esteban (1977). De otro lado, depende de cada Estado fijar las condiciones requeridas para la adquisición de la nacionalidad, pudiendo exigirse desde el nacimiento en un determinado territorio a la permanencia en el mismo durante un periodo más o menos prolongado; esta situación puede originar ciertas desigualdades, por lo que a la adquisición de la condición de «ciudadanía europea» se refiere y la titularidad del derecho en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo.

En lo tocante a los denominados requisitos negativos, con ellos se trata de asegurar que aquellos que pueden votar se encuentren en pleno uso de sus facultades mentales y de sus derechos civiles, contemplándose dos tipos de incapacidades. Según el artículo 2 de la LOREG, no podrán ejercer su derecho de sufragio aquellos que se encuentren comprendidos en los supuestos previstos en el artículo 3 de la LOREG. A saber:

- a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena de privación del derecho de sufragio, durante el tiempo de cumplimiento de la misma. En este caso, la ley exige la confluencia de tres condiciones: existencia de una sentencia, que la sentencia sea firme, sin recurso pendiente, y que la pena impuesta condene expresamente, o bien lleve aparejada, la pérdida del derecho de sufragio. Por consiguiente, deberá comunicarse al Registro de Penados y Rebeldes, y a la Oficina del Censo Electoral, la relación de condenas que conlleven la privación del derecho al voto.
- b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que en la misma se declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. El artículo 200 del Código Civil se refiere a las causas de incapacitación, diciendo que lo serán las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Aunque la

resolución recaída en un proceso de incapacitación no impide que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente otra declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la primera, ello no afectará, hasta ese momento, a la firmeza de la sentencia.

En caso de que se dictare una sentencia que dejara sin efectos la condena o la incapacitación, la misma sería suficiente para acreditar el derecho a estar inscrito en el censo y emitir el voto.

- c) Los internados en hospitales psiquiátricos. Esta privación no está exenta de garantías, puesto que es necesario que exista una autorización judicial para proceder al internamiento y, con posterioridad, se requiere una declaración expresa, por parte del mismo juez que haya autorizado el ingreso, de que el sujeto es incapaz para ejercer el derecho de sufragio. En el supuesto de que se requiriese un internamiento urgente, según se prevé en el artículo 211 del CC, no será necesaria la autorización, pero en un plazo de 24 horas deberá darse cuenta al juez para que proceda.

Por lo tanto, las personas con anomalías físicas o psíquicas solo serán privadas del derecho de sufragio en virtud de la declaración del juez, conforme al procedimiento previsto, no pudiendo presumirse en su contra la existencia de dicha incapacidad, toda vez que sería contraria a las normas constitucionales que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, deben ser interpretadas de modo que se respeten los derechos fundamentales. Tampoco, aunque el internamiento esté autorizado, podrá excluirse al individuo de las listas del censo ni privársele del derecho de voto a lo largo del periodo que dure el mismo si el juez no lo ha declarado expresamente, como recordó la Junta Electoral Central en su Acuerdo de 27 de febrero de 1990.

El juez, de oficio, cuando lo crea oportuno, o, en todo caso, cada seis meses, deberá recabar información sobre la necesidad de continuar el internamiento, acordando, en consecuencia, la continuación o no del mismo y la continuación o no de la privación del derecho.

3.2.2. El derecho de sufragio pasivo

El artículo 23 de la CE reconoce los derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con el principio de pluralismo político y con la soberanía popular contenidos en el artículo 1 de la CE. Ambos se constituyen en dos vertientes de un mismo principio de representación política, no obstante es posible la conceptualización y tratamiento autónomo del derecho de sufragio activo, o derecho a participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos, «sin perjuicio de la participación directa en los supuestos que proceda» y del derecho de sufragio pasivo, o derecho de acceder a los cargos públicos, en cuanto representantes, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señale la ley electoral.

El Tribunal Constitucional, en la STC 71/1989, asevera que

estos dos derechos se presuponen mutuamente, existiendo entre ellos tan íntima relación que no es excesivo considerarlos modalidades o vertientes del mismo principio de representación política; pero ello no quiere decir que se manifiesten tan absolutamente fusionados que no sea posible conceptualarlos, dentro de la inmensa interdependencia que los caracteriza, como derechos susceptibles de tratamiento autónomo en el que puedan aislarse lesiones que afecten a cada uno de ellos, pues así lo permite el reconocimiento diferenciado que de los mismos hace el art. 23 CE.

Esta misma posición la manifiesta en otras sentencias, como la STC 24/1990 o la STC 27/1990.

Deslindar el derecho de acceso a los cargos públicos del derecho de acceso a las funciones públicas resulta de utilidad por cuanto, a pesar de que en alguna decisión aislada se llegó a afirmar que este precepto interpretado de acuerdo con las previsiones contenidas en los pactos internacionales sobre derechos fundamentales suscritos por España solo era de aplicación a los cargos y funciones representativas a los que se accede a través de unos comicios (como en la STC 23/1984), una doctrina consistente, reiterada en numerosas sentencias, lo ha considerado referido, también, a los cargos y funciones públicas no representativos.

Funciones y cargos públicos no fueron, *ab initio*, nociones precisas, sino que el Alto Tribunal tuvo que ir, poco a poco, acotando el alcance de cada una de ellas. Si bien en sus primeras manifestaciones al respecto no llevó a cabo distinción alguna, sosteniendo que debía darse el mismo tratamiento a los dos supuestos, por ejemplo, en la STC 10/1984 afirma que «el art. 23.2 protege a los titulares de cargos y funciones de cualquier género y no solo a los titulares de funciones representativas», esta postura experimentó un cambio radical, de modo que el derecho de acceso a los cargos públicos se interpretó en conexión con lo dispuesto en el artículo 23.1 de la CE y con el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 22.1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; de acuerdo con tales preceptos se consideró referido «a los cargos públicos de representación política que son los que corresponden al Estado y a los entes territoriales en que se organiza [...]. Conclusión inicial que queda confirmada si se parte, como es obligado, del art. 1.1 CE que configura al Estado como social y democrático, ya que el derecho que define el mencionado art. 23.2 CE es un reflejo del Estado democrático» en la STC 23/1984. A partir de ese momento el derecho de acceso a los cargos funcionariales, o más ampliamente, no representativos y el derecho de acceso a los cargos representativos adquieren distinta virtualidad en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Los titulares del derecho de sufragio pasivo son quienes hayan sido proclamados candidatos. El derecho de sufragio pasivo, o derecho a presentarse como candidato, se considera como un «derecho subjetivo», más concretamente como un derecho subjetivo de participación.

Nuestra Constitución ha igualado las condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en el artículo 68.5 cuando se refiere a las elecciones al Congreso, posición que hace extensiva al resto de procesos electorales, cuando dice: «son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos». Ahora bien, la capacidad electoral pasiva se encuentra sometida al cumplimiento de una serie de requisitos como son la edad, la nacionalidad o la residencia, a la par que resulta indispensable, para poder presentarse como candidato, no estar incurso en causa de inelegibilidad, y, para poder ejercer el cargo, no contravenir las disposiciones de la LOREG en relación con las causas de incompatibilidad.

En cuanto a condiciones generales de elegibilidad: nacionalidad, residencia, edad y requisitos negativos. Cómo ocurre con la capacidad electoral activa, es posible que se supere al cumplimiento de ciertos requisitos que, como indica López Guerra (1977), no deberían ser mayores que los que se exigen para ser elector. Aunque, si se adopta un punto de vista que tenga en cuenta los intereses de la comunidad, parece evidente que la responsabilidad y tareas de un representante electo son de naturaleza tal que la mayoría de legislaciones requieren para esta última ciertas condiciones especiales.

La LOREG, al referirse al sufragio pasivo en el artículo 6, dice que «serán elegibles los españoles mayores de edad que no se encuentren incurso en ninguna causa de inelegibilidad».

Respecto a la primera condición, la Constitución, en su artículo 11, reenvía a la ley para su regulación: «la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido en la ley», limitándose a establecer un contenido inmodificable por el legislador en relación con la prohibición de que un español de origen pueda ser privado de su nacionalidad. De otro lado, habilita al legislador para que pueda concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En esos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.

El desarrollo de los mencionados mandatos constitucionales se lleva a cabo en los artículos 17 a 26 del Código Civil, de conformidad con la Ley 51/ 1982, de 13 de julio, y la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, de reforma del Código Civil en materia de nacionalidad.

De otro lado, en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo la nacionalidad no es requisito imprescindible, sino que lo es la residencia. Así, se ha extendido el derecho de sufragio pasivo, en el primer caso y en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.2 de la CE, a los residentes no nacionales si se trata de «ciudadanos europeos», o lo que es lo mismo, ciudadanos comunitarios, superándose la inescindible y tradicional unión entre nacionalidad y ciudadanía, de manera que los ciudadanos de la Unión Europea residentes en otro Estado miembro pueden ser elegidos en las elecciones municipales. Por lo que respecta a las elecciones al Parlamento Europeo, son titulares del derecho de sufragio pasivo, según lo previsto en el artículo 210 bis de la LOREG, todas las personas residentes en España

que sin haber adquirido la nacionalidad española tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea, según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y, además, reúnan los requisitos para ser elegibles exigidos por la LOREG respecto a los españoles y sean titulares del derecho de sufragio pasivo en el Estado miembro de origen.

En cuanto a la edad, en nuestro ordenamiento coincide la mayoría de edad civil y política, que el artículo 12 de la Constitución fija en los 18 años. Es la edad mínima exigida para poder ser elector y para concurrir como candidato, a diferencia de otros ordenamientos, como en los Estados Unidos o Italia, en que se exige una edad superior a la requerida para ser elector para ser elegible.

Por último, carecerán de derecho de sufragio, activo y pasivo, todos aquellos que se encuentren en los supuestos previstos en el artículo 3 de la LOREG (esto es, los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento, los declarados incapaces por sentencia judicial firme, siempre que declare la incapacidad del derecho de sufragio, los internados en hospital psiquiátrico con autorización judicial, siempre que en la autorización judicial se declare expresamente la incapacidad para el derecho de sufragio) y aquellos que se encuentren incurso en alguna causa de inelegibilidad.

En la LOREG, artículo 6.1, se habla de que pueden ser elegibles los españoles mayores de edad que posean la cualidad de elector. No vamos a reiterar los requisitos ya explicados, aunque sí anotaremos que para ser elector es necesario figurar en las listas del censo electoral, lo que no se exige para ser candidato. Por ello, el artículo 7.2 de la LOREG matiza que, no obstante lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LOREG, los que aspiren a ser proclamados candidatos y no figuren en las listas del censo electoral podrán serlo siempre que con la solicitud acrediten de modo fehaciente que reúnen todas condiciones exigidas para ello. A este efecto, la Instrucción de la Junta Electoral Central de 4 de abril de 1991 se refiere a la documentación que debe acompañarse a la presentación de candidaturas (presentación de fotocopia del DNI, certificado de antecedente penales y declaración jurada de no hallarse incurso en ninguna causa de inelegibilidad) y a la no obligatoriedad de estar inscrito en el censo.

Finalmente, señalar que en alguna de nuestras leyes electorales, como la Ley 4/1981 del Parlamento vasco, se exigen requisitos especiales como «la condición política de vasco» para poder ser designado senador por la asamblea legislativa, sin que ello supusiera para el Tribunal Constitucional una exigencia discriminatoria (STC 40/1981).

3.3. Las asociaciones de la Guardia Civil

La Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, prohíbe la sindicación (art. 11), pero permite la creación

de asociaciones profesionales para «la satisfacción de los intereses sociales económicos y profesionales de sus asociados y la realización de actividades sociales» (arts. 36 a 50). Además, crea un Consejo de la Guardia Civil en el que participen los representantes de los miembros de la Guardia Civil elegidos mediante sufragio personal, libre, directo y secreto, a través del procedimiento regulado en el Real Decreto 1963/2008, de 28 noviembre. Su organización y funcionamiento interno se regula en el Real Decreto 751/2010, de 4 junio. También tiene reconocido el derecho de reunión de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, aunque no pueden organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical (art. 1 LO 11/2011, de 1 agosto).

Sin embargo, se contempla la posibilidad de contar con asociaciones profesionales que no pueden llevar a cabo actividades políticas o sindicales, y que han de tener ámbito estatal y someterse a los principios de transparencia y publicidad; y que pueden dirigir peticiones relacionadas con sus fines, realizar propuestas, asesorar y prestar asistencia y apoyo a sus asociados, representarlos ante las Administraciones públicas y promover candidaturas para la elección de los integrantes del Consejo de la Guardia Civil, su órgano representativo y de participación (art. 9 LO 11/2007).

4. Aplicación del Código Penal Militar

El artículo primero de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (en adelante, CPM), bajo la denominación del título I «Ámbito de aplicación del Código Penal Militar y definiciones», una vez que establece que el CPM será de aplicación a las infracciones que constituyan delitos militares, dispone en su párrafo cuarto que el presente código se aplicará a los miembros del cuerpo de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo en los siguientes supuestos: a) En tiempo de conflicto armado; b) Durante la vigencia del estado de sitio; c) En el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se les encomienden, y d) Mientras se encuentren integrados en unidades de las Fuerzas Armadas.

Esta regla general de aplicabilidad viene matizada por una excepción plasmada en el mismo artículo 1 pero en el párrafo siguiente, al disponer que

fuera de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Código Penal Militar se aplicará a los miembros de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el Título II del Libro Segundo de este Código.

Añade un segundo párrafo en el que se preceptúa que

también se aplicará a las mismas personas por la comisión de los delitos tipificados en los Títulos I, III y IV del Libro Segundo, excluyendo en estos supuestos aquellas

acciones u omisiones encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial.

Es decir, la interpretación del presente precepto parte de la distinción de una regla general y de dos excepciones. La regla general será que los preceptos del CPM serían aplicables en todo caso a los guardias civiles si concurren algunos de los cuatro supuestos ya indicados. La excepción expresamente reseña que, aun no concurriendo alguno de esos cuatro supuestos, el CPM será aplicable en todo caso en lo que se refiere al título II, delitos contra la disciplina, y a los títulos I, III y IV, excepto las acciones u omisiones encuadrables en actos propios del servicio policial de la Guardia Civil.

No hay referencia expresa al título V, por lo que considero aplicable el artículo 1.4 del Código Civil al establecer que «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Lo cual no supone que en todo caso el título V sea inaplicable a los miembros de la Guardia Civil. En efecto, les será plenamente aplicable en los casos de estado de guerra, sitio, cuando integren unidades militares o cumplan misiones militares.

La doctrina constitucional, cuando interpreta el artículo 117.5 de la Ley Fundamental, estima que su objetivo es limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo fundamental o «estrictamente indispensable». Término que se identifica, en tiempos de normalidad, con los delitos exclusivamente militares tanto por su directa relación con los objetivos, labores y fines propios de las Fuerzas Armadas (necesarios para las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional), como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión.

El anteproyecto del CPM recogía que la aplicación del presente código a los miembros de la Guardia Civil se contempla exhaustivamente en el artículo 1, con exclusión del ámbito competencial militar para conocer de las acciones u omisiones encuadrables en los actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial. Lo hacía incluyendo una letra e) en la que se establecía que cuando se tratara de acciones u omisiones que afectasen a bienes jurídicos de naturaleza militar relacionados con la disciplina, la relación jerárquica, la unidad, la cohesión interna o el cumplimiento de deberes esenciales derivados de dichos principios de la organización militar, no encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial, les sería aplicable el CPM. Nada decía, como se puede observar de las infracciones, contra el patrimonio, que ya en este momento se recogían bajo el epígrafe «Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar».

El Informe del CGPJ de 7 de octubre de 2013 acerca del anteproyecto de Ley Orgánica del CPM expresamente consideró acertada esa propuesta legislativa y lo motivó con la referencia a la STC, Pleno, 60/1991, de 14 de marzo, uno de los primeros pronunciamientos del Alto Intérprete de la CE en relación con el artículo 117.5 de la CE y de la limitación de la

jurisdicción militar al «ámbito estrictamente castrense». Así, este concepto habría de interpretarse atendiendo a otros preceptos constitucionales, en concreto los artículos 8 y 30 de la CE. Obsérvese como la referencia al precepto constitucional no es al artículo 104, donde se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, si bien cabe recordar como la Guardia Civil carece de referencia expresa en el texto constitucional¹⁵.

Siguiendo con la interpretación del Tribunal Constitucional parece claro que lo estrictamente castrense solo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir, los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional, como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia militar todas las restantes conductas delictuales. Uniendo este argumento con el propio epígrafe que se ha mantenido desde el anteproyecto del CPM hasta la versión definitiva y vigente, se podría considerar que solo haría referencia a los delitos contra el patrimonio que el Estado pone en manos de las Fuerzas Armadas para sus objetivos y fines que les son propios, conforme a las disposiciones no solo de la CE sino de LODN.

A mayor abundamiento, consideraba el Tribunal Constitucional que como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de limitar su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido: con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 CE); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, que el sujeto activo del delito reciba la calificación de *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense. Sí es cierto que el legislador ha considerado que el guardia civil es militar a los efectos penales castrenses, tal y como lo señala el artículo 2 del CPM, pero ello no quita que la propia ley penal excluya, en cuanto a su aplicabilidad, algunos supuestos específicos, como sería, en mi opinión, el título V. Insisto, no en todo caso, sino cuando el autor, el guardia civil, no se encuentre en algunas de las cuatro circunstancias que el artículo 1.4 recuerda.

Por ello, solo deberán tipificarse como militares aquellos comportamientos que atenten contra los intereses de las Fuerzas Armadas, a su servicio, eficacia y organización, pudien-

¹⁵ Con fecha 2 de agosto de 2013 tuvo entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial el texto del anteproyecto de la Ley orgánica de Código Penal Militar, remitido por la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia a efectos de emisión del preceptivo informe, conforme a lo previsto en el artículo 108.1 de la LOPJ. La Comisión de Estudios e Informes en reunión de 7 de octubre de 2013 aprueba el informe correspondiente, acordando la remisión del mismo al pleno del CGPJ.

do completarse este criterio, en particular en tiempos de paz o en situación de normalidad, con otros, como el del autor, miembro de las Fuerzas Armadas o Guardia Civil cuando no realiza funciones policiales, o el del lugar de comisión.

El propio CGPJ en su informe reconoce, respecto del artículo 1.1 del entonces anteproyecto de CPM, que la redacción de este inciso, sustituyendo el adjetivo «militares» en referencia a las «infracciones disciplinarias», por la expresión «cometidas por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil», resulta más precisa y adecuada a la condición de la Guardia Civil, instituto armado de naturaleza militar, que no forma parte de las Fuerzas Armadas, dependiente del Ministerio del Interior en el desempeño de las funciones que se le atribuyen por la LOFCS, y del Ministerio de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, conforme al artículo 13 de la LODN.

5. Conclusión

Pese a que los guardias civiles sean titulares de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidos en la Carta Magna, la Ley Orgánica 11/2007 se encarga de limitar su ejercicio, debido al importante papel que desempeña dicho cuerpo en lo que respecta a la seguridad y orden público.

En la práctica, los miembros de la Guardia Civil se encuentran en una situación particularmente desfavorable en lo que respecta a su capacidad de crítica o a la difusión de información, completamente vetada cuando tenga que ver con el desempeño de sus funciones. Su específica normativa reguladora subordina el ejercicio de los derechos fundamentales de los guardias civiles a la seguridad pública y la necesaria neutralidad del cuerpo. También prohíbe, junto a la libertad sindical, el derecho de manifestación y el de reunión, siempre que se vista el uniforme reglamentario o se porten armas; así como el derecho de negociación colectiva y adopción de medidas de conflicto colectivo, desde luego, el derecho a la huelga y a llevar a cabo acciones sustitutivas de la misma.

El Tribunal Constitucional ha admitido que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entre los que se incluye la Guardia Civil, pueden sufrir legítimamente una mayor restricción de su libertad de expresión si se compara con otros empleados públicos sujetos a un menor grado de jerarquización. Por lo que respecta a la crítica a los superiores, que, incluso cuando se lleve a cabo como forma de ejercicio de otro derecho fundamental, como la libertad sindical, deberá realizarse con el cuidado necesario para no vulnerar el debido respeto a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial. Dicha institución se sustenta en los principios de jerarquía y subordinación para que sus objetivos se cumplan. Cuando la libertad de expresión se ejercite de manera concurrente con el derecho de defensa en un proceso serían plausibles conductas que, de otra manera, se considerarían contradictorias al régimen disciplinario de los Cuerpos de Seguridad del Estado.



Igualmente, el derecho de sindicación y de huelga se ve limitado en el caso de dicho cuerpo por el cumplimiento de las funciones en materia de protección de la seguridad ciudadana, sin que vulnere los principios de actuación que contempla la LOFCS: respecto al ordenamiento jurídico existente; actuar cumpliendo sus funciones, respetando la neutralidad política e imparcialidad; actuar con integridad y dignidad; y sujetarse a los principios de jerarquía y subordinación. De este modo, deben abstenerse de realizar actividades sindicales, motivo por el cual se ha vetado ya algún sindicato, como el Sindicato Unificado de la Guardia Civil, teniendo en cuenta las funciones especiales que desarrolla y su concreta estructura organizativa y de funcionamiento que desempeña.

Por otra parte, el principio que fundamenta que la Guardia Civil no tenga el derecho de libertad sindical es el de mantener la neutralidad sindical, lo que supone que no podrá ejercer el derecho de sindicación y, por lo tanto, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales.

También se les prohíbe el ejercicio del derecho de huelga, algo que ha supuesto la falta de derechos sociolaborales y discriminación de este colectivo, tal y como han defendido, aunque en este caso el legislador ha optado por primar el principio de neutralidad y la defensa del orden público. No obstante, es controvertida la limitación de los derechos de dicho cuerpo considerándose que las leyes no han ido a la par en la demanda de las necesidades laborales, sociales y económicas de los guardias civiles.

Cabe señalar que el artículo 28.1 de la Carta Magna es rígido y cerrado para las Fuerzas Armadas y el resto de cuerpos sometidos a disciplina militar, contemplándose una prohibición absoluta para el derecho de sindicación. Por ello, los guardias civiles han alzado la voz defendiendo su «dignidad laboral» ante los importantes límites que afectan a sus derechos constitucionales.

Referencias bibliográficas

- Aguar de Luque, L. (1984). Artículo 23, derecho de participación. En O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a las Leyes Políticas*.
- Alzaga Villaamil, O. (1984). *Comentarios a las Leyes Políticas*.
- Ballbé, M. (1983). *Orden público y militarismo en la España constitucional*. Alianza Universidad.
- Barrios Flores, L. F. (2021). Las fuerzas armadas en la transición democrática de España. *Revista Iberoamericana de Auto-gestión y Acción Comunal (RIDAA)*, 78.
- Blanco Valdés, R. (1988). *La ordenación constitucional de la defensa*. Tecnos.
- Coma, M. B. y Serrano Alberca, J. M. (1982). El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150, 2: Análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas. *Revista de Administración Pública*, 97.
- Cosidó Gutiérrez, I. (2001). La Guardia Civil en la defensa nacional. *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de Seguridad Pública*, 23.
- Cruz Villalón, P. (1981). El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2.
- Esteban, J. de et al. (1977). *El proceso electoral*. Labor.
- Esteban, J. de y González-Trevijano, P. J. (1994). *Curso de Derecho Constitucional Español*. Universidad Complutense de Madrid.
- Fernández Segado, F. (1984). La participación militar en el estado de sitio y el modelo de régimen democrático. *Revista de Derecho Público*, 96-97.
- Fernández Segado, F. (1996). La posición constitucional de las fuerzas armadas. *Revista Española de Derecho Militar*, 67.
- Fernández Segado, F. (2006). Artículo 8.º: las fuerzas armadas. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Edersa.
- García Arias, L. (1967). Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado. *Revista de Estudios Políticos*, 152.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1986). *Curso de Derecho Administrativo*, I. (4.ª ed.). Civitas.
- González Vallejo, R. (1992). La Defensa Nacional, las Fuerzas Armadas y la Constitución Española de 1978. En *Posición constitucional de las Fuerzas Armadas en Iberoamérica y en España*. Tecnos-Universidad Hispanoamericana Santa María de la Rábida-Universidad de Sevilla.
- Guinea Bonillo, J. y Anguita Osuna, J. E. (2019). *La acción social y humanitaria de las Fuerzas Armadas*. Dykinson.
- López Guerra, L. (1977). La organización de los candidatos. En AA. VV., *El proceso electoral*.
- López Ramón, F. (1987). *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Manzano Sousa, M. (1989). Conflictos de jurisdicción en la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil. *Revista General del Derecho*, 538-539.
- Martínez Atienza, G. (2020). *La defensa nacional y su protección penal*. Ediciones Experiencia.
- Oehling, H. (1967). *La función política del Ejército*. Instituto de Estudios Políticos.
- Sánchez Agesta, L. (1982). La Constitución y las Fuerzas Armadas. En *Primeras Jornadas Fuerzas Armadas-Universidad*. CESEDEN.
- Santamaría Pastor, J. A. (1980). Comentario al art. 23 CE. En F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*.



- Sedano Lorenzo, Á. (2014). La Guardia Civil ante la ley penal militar. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 34.
- Serrano Alberca, J. M. (1985). Comentario al artículo 8.1. En F. Garrido Falla (Dir.), *Comentarios a la Constitución*. (2.^a ed.). Civitas.
- Suárez Pertierra, G. (1988). Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas. *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. 4.
- Trillo-Figueroa Martínez-Conde, F. (1979). Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española. *Revista de Estudios Políticos*, 12.
- Vergottini, G. de. (2005). *Derecho Constitucional Comparado*.
- Verón Bustillo, E. J. (2017). Marco organizativo de las fuerzas y cuerpos de seguridad europeas para la protección de los bienes culturales. En *La protección del patrimonio cultural contra el tráfico ilícito de bienes culturales*. Dykinson.

Reforma laboral y su defensa en el recurso de inconstitucionalidad: ¿está legitimado el sindicato pactante como «coadyuvante» o *amicus curiae*?

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral en España ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional por los 52 diputados en el Congreso del grupo parlamentario Vox. A su juicio, el Gobierno ha vulnerado el artículo 86 de la Constitución, porque habría introducido una profunda reforma estructural de las relaciones de trabajo en España a través de una técnica legislativa inadecuada, el real decreto-ley. Los sindicatos más representativos, que han negociado y acordado con el Gobierno el contenido normativo preciso de la reforma laboral, han pedido al Tribunal Constitucional que les reconozca el derecho a comparecer en el proceso de inconstitucionalidad como sujetos coadyuvantes, en virtud del artículo 81 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Hasta ahora, la doctrina constitucional ha venido rechazando tal derecho.

Sin embargo, el reconocimiento de esta posibilidad de comparecer en juicios constitucionales de tanta transcendencia social está muy extendida en otros tribunales constitucionales y en todas las cortes de derechos fundamentales. Es una exigencia del principio democrático, del principio social y del principio de contradicción propios del Estado constitucional de derecho (art. 1.1 CE). Por tanto, debería abrirse una ventana de oportunidad al cambio de doctrina, en un contexto social y culturalmente cambiado, además de una nueva mayoría del Tribunal Constitucional español. Este estudio analiza las razones jurídicas, y de política del derecho constitucional social, en virtud de las cuales, a juicio del autor, debería tener éxito la demanda de personación sindical en este recurso de inconstitucionalidad.

Palabras clave: recurso de inconstitucionalidad; sujeto coadyuvante; reforma laboral; sindicatos; *amicus curiae*; personación procesal; concertación social.

Fecha de entrada: 20-07-2022 / Fecha de aceptación: 22-08-2022

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2022). Reforma laboral y su defensa en el recurso de inconstitucionalidad: ¿está legitimado el sindicato pactante como «coadyuvante» o *amicus curiae*? *Revista CEFLegal*, 259-260, 65-88.



Spanish Labor reform and its defense in the appeal of unconstitutionality: is the union agreeing legitimized as «intervener» or/and «amicus curiae»?

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Royal Decree-Law 32/2021, of December 28, on urgent measures for labor reform in Spain has been appealed to the Constitutional Court by the 52 deputies in Congress of the Vox parliamentary group. In his opinion, the Government has violated article 86 of the Constitution, because it would have introduced a profound structural reform of labor relations in Spain through an inadequate legislative technique, the royal decree-law. The most representative unions, which have negotiated and agreed with the Government on the precise normative content of the labor reform, have asked the Constitutional Court to recognize their right to appear in the unconstitutionality process as intervening subjects, by virtue of article 81 of the Organic Law of the Constitutional Court. Until now, the constitutional doctrine has been rejecting such a right.

However, the recognition of this possibility of appearing in constitutional trials of such social importance is widespread in other constitutional courts and in all courts of fundamental rights. It is a requirement of the democratic principle, the social principle and the principle of contradiction proper to the constitutional state of law (art. 1.1 CE). Therefore, a window of opportunity should be opened for a change in doctrine, in a changed social and cultural context, in addition to a new majority of the Spanish Constitutional Court. This study analyzes the legal and political reasons of social constitutional law, by virtue of which, in the author's opinion, the demand for union representation in this appeal of unconstitutionality should be successful.

Keywords: appeal of unconstitutionality; intervener; labor reform; trade unions; amicus curiae; procedural appearance; social agreement.

Citation: Molina Navarrete, C. (2022). Reforma laboral y su defensa en el recurso de inconstitucionalidad: ¿está legitimado el sindicato pactante como «coadyuvante» o *amicus curiae*? *Revista CEFLegal*, 259-260, 65-88.

Sumario

1. Introducción: «Espada de Damocles» constitucional contra la reforma laboral
2. El recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre: síntesis de sus argumentos
 - 2.1. La (pretendida) inexistencia del presupuesto habilitante ex artículo 86 de la CE
 - 2.1.1. La ausencia de la urgente necesidad y el carácter artificial del condicionante comunitario
 - 2.1.2. La ausencia de conexión de sentido entre la supuesta necesidad urgente y las medidas: la (pretendida) falta de inmediatez normativa
 - 2.2. La extralimitación material: vulneración de la prohibición de afectar de forma sustancial al contenido esencial de derechos constitucionales
 - 2.3. Los (pretendidos) vicios en el procedimiento de votación
 - 2.4. La desautorización práctica de la crítica del RI por «efecto remoto»: el (relativo) éxito inmediato de la reforma
3. Marco normativo: legitimación cerrada y excluyente en el procedimiento de inconstitucionalidad vs. apertura «común» a la intervención coadyuvante
4. Razones jurídicas para la defensa del interés legítimo sindical para comparecer como coadyuvante de la reforma en el proceso de inconstitucionalidad
 - 4.1. La singularidad de la reforma laboral como ley: el paradigma de las leyes socialmente concertadas
 - 4.2. La actividad de concertación social normativa como contenido –esencial o adicional– de la libertad sindical y la intervención coadyuvante como garantía
 - 4.3. ¿Una reinterpretación evolutiva del sujeto coadyuvante constitucional a la figura del *amicus curiae*? ¿De quién es amigo el sindicato firmante?
5. La anómala doctrina constitucional: persistente resistencia del TC a reconocer la intervención coadyuvante para los sujetos colectivos no públicos
6. Epílogo: Nuevos tiempos, nuevas garantías, mayor democratización social

Referencias bibliográficas



Hay que tener continuamente presentes estas dos reglas de conducta: la primera, hacer solo lo que sugiera la razón que [...] hace las leyes en el corazón de los hombres para mayor dicha suya, y la segunda, cambiar de parecer cuando alguno nos disuade o nos aleja de tal o cual idea preconcebida; pero siempre que este cambio vaya determinado por un motivo plausible de justicia de interés público u otra causa semejante, y de ningún modo por la satisfacción o por la pura vanagloria que pudiera procurarnos.

Marco Aurelio

Meditaciones. Libro IV. 12

1. Introducción: «Espada de Damocles» constitucional contra la reforma laboral

Como es conocido, tras largos meses de intensas, y atormentadas, negociaciones, los interlocutores sociales más representativos estatales (UGT y CC. OO.; CEOE y CEPYME) alcanzaron un acuerdo social sobre la reforma laboral (jueves 23 de diciembre de 2021). El acuerdo fijaba el redactado normativo de los preceptos que debían integrar el nuevo marco legal para ordenar para los próximos años las relaciones de trabajo en España. El Real Decreto-ley (RDL) 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo formalizó este compromiso. Una condición pactada como vinculante en ese compromiso era que el texto legal mantuviese estrictamente el redactado acordado, de modo que no experimentase ningún tipo de variación, lo que significaba vetar su tramitación como proyecto de ley, pese a que determinados grupos parlamentarios exigían tal tramitación, incluso para darle su apoyo.

El acuerdo de convalidación parlamentaria descartó expresamente que el RDL 32/2021 fuese tramitado como proyecto de ley. Tras una atribulada, y sainetesca, votación en el Pleno

del Congreso, fue aprobado y publicado en el BOE. También llamativa, aunque de alcance menor, fue la corrección de errores, puntual, realizada por el artículo 4 del RDL 1/2022, de 18 de enero¹, que modificó dos disposiciones del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, a fin de disipar dudas interpretativas (la más relevante fue la de la disposición final cuarta –contrato indefinido no fijo en el sector público–).

Pese a contar con una significativa legitimación social, al ser fruto del acuerdo entre los interlocutores sociales y el Gobierno, lo que no sucedía al menos desde 1996, políticamente fue contestada y criticada desde diversos ámbitos de la Oposición, por una cosa (poco garantista, traicionando las expectativas de «derogación» de la reforma precedente) o por la contraria (introducía rigidez en la gestión del trabajo en España y, por tanto, dificultaba la competitividad y la creación de empleo en nuestro país). Sea como fuere, la reforma laboral entró en vigor, tanto formalmente como en la práctica, desplegando unos efectos inmediatos que han sorprendido a propios (aunque ahora consideren que es fruto de la previsión pactada, lo que relegitima su razón de ser, por acertada) y extraños (que consideran que, tras las muy buenas cifras, no hay sino «cosmética estadística» o «maquillado», al ser una parte de la nueva contratación indefinida discontinua, unos contratos otrora considerados fuente de precariedad y discriminaciones indirectas). En este escenario, el grupo Vox presentó un recurso de inconstitucionalidad (RI) contra la reforma laboral.

Por escrito firmado el 2 de junio de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional (TC) acordó admitirlo a trámite. Conforme al artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) se dio traslado de la demanda y documentación adjunta a las partes pasivamente legitimadas (Cortes Generales: Congreso de los Diputados y Senado, a través del conducto de sus presidencias, y al Gobierno, a través del ministerio de Justicia), al objeto de que, en el plazo de 15 días, puedan personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimen convenientes. Ordenada también la publicación en el BOE de la incoación de dicho recurso, así se produjo en el BOE de 9 de junio.

Hasta aquí estaríamos en el puro relato descriptivo de una situación, que traduce un procedimiento de inconstitucionalidad ante el TC, producida centenares de veces desde el advenimiento de la Democracia posconstitucional. Nada nuevo bajo el sol, salvo por la trascendencia social y económica de la norma con valor de ley que es objeto de impugnación constitucional. Pero falta un dato más que da una especialísima significación a este RI: el 17 de junio de 2022, UGT y CC. OO., partes del acuerdo que fijaba el contenido normativo del RDL 32/2021, de reforma laboral, registraban ante el TC un escrito por el que

¹ Modifica la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria.

pretendían que el Alto Tribunal de garantías constitucionales le reconociera un interés legítimo a personarse en el procedimiento y poder, así, hacer la correspondiente defensa de la legitimidad constitucional de la norma legal de la que han sido coautores, coprotagonistas, al predeterminar en el acuerdo sus mandatos. Esto es, como «ley laboral socialmente concertada» consideran que tienen derecho a actuar, con una posición procesal de sujetos coadyuvantes de la constitucionalidad, en el juicio de inconstitucionalidad abierto, pese a no preverlo el artículo 34 de la LOTC, sí el artículo 81 de la LOTC.

¿Dónde está la singularidad, desde el plano del derecho constitucional, del asunto? En primer lugar, en que es la primera vez que formulan una petición así los sindicatos más representativos a nivel estatal. En segundo lugar, en que, hasta el momento, no se ha concedido nunca por parte del TC, que tiene una arraigada doctrina en virtud de la cual no se reconoce, salvo contadísimas ocasiones, muy excepcionales, esta posición de sujeto coadyuvante en los procesos de inconstitucionalidad de las leyes. Tercero, en que esta práctica tan restrictiva, incluso excluyente, es una anomalía constitucional respecto de los altos tribunales en los que están en juego derechos humanos fundamentales, en virtud de la figura del *amicus curiae*.

En este estudio nos proponemos analizar las razones jurídicas que darían viabilidad jurídica, al menos harían factible constitucionalmente, que pudiese prosperar tan razonable, e incluso coherente petición, pero tan «extrañada» en la práctica. Nos acercaremos críticamente a la doctrina del TC y verificaremos si resulta de aplicación plena a este supuesto. Asimismo, exploraremos si, en todo caso, hay alguna expectativa de que, producida una nueva mayoría en el TC, tras superarse el bloqueo precedente (reforma del art. 570 bis LOTC), esta sea una de las materias que conozcan la oportuna, incluso debida, evolución, con una reinterpretación diferente del artículo 81 de la LOTC, a la luz de los cambios culturales y sociales producidos (interpretación evolutiva en los términos de la –tan célebre como polémica– STC 198/2012, de 6 de noviembre).

2. El recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre: síntesis de sus argumentos

2.1. La (pretendida) inexistencia del presupuesto habilitante ex artículo 86 de la CE

2.1.1. La ausencia de la urgente necesidad y el carácter artificial del condicionante comunitario

Previamente a abordar el objeto neurálgico, el punto doliente, de este estudio, la cuestión procesal referida (el derecho o no de los sindicatos más representativos que han firmado el acuerdo para comparecer en el procedimiento de inconstitucionalidad de la reforma laboral en posición coadyuvante ex art. 81 LOTC), conviene advertir del máximo interés, no solo jurí-

dico-constitucional sino político-institucional, de este asunto, tanto en el plano teórico (institucional) como práctico (profundización de la democracia social). Dos planos que, a mi juicio, están muy estrechamente relacionados. Y ello porque, si bien, de un lado, pretender el reconocimiento de la personación implica «una acción estratégica sindical» en defensa de un «hecho profundamente democrático», como es el diálogo social (Baylos Grau, 2022), cuestionado por la sola presentación del RI, aunque en él no se haga referencia al mismo, no menos cierto es, a mi juicio, que supone una garantía de efectividad constitucional de la concertación social como método institucionalizado de producción de normas sociolaborales. Un método determinante en la época de la crisis pandémica (leyes de escudo social), derivada de la institucionalización del sindicato como un sujeto de entidad constitucional ex artículos 7 y 28 de la CE.

Además, como protagonistas del acuerdo normativo no solo tendrían una facultad de participar en el proceso, sino también de contar con todas las garantías para defender, incluso constitucionalmente, el resultado de su acción, el producto normativo concertado resultante, en su caso. Precisamente, así sucede con la reforma sociolaboral, de efectos prácticos inmediatos y exitosos probados, pese a lo que indica el RI.

Naturalmente, como se verá, esta dimensión jurídica tiene, de otro lado, para su viabilidad en el plano práctico o más operativo, un canal mucho más concreto, como es la interpretación del artículo 81 de la LOTC. Una (re)interpretación no solo a la luz del entendimiento procesalista de la figura del sujeto coadyuvante, que es la referida directamente en ese precepto orgánico, sino ampliando la mirada en el actual sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales (en última instancia está en juego también la libertad sindical ex art. 28 CE, no solo la potestad legislativa de urgencia del art. 86 CE, pues esta ha elegido como procedimiento para su ejercicio una manifestación de aquella: la concertación social) a través de una comprensión evolutiva de esta figura. Con ello, en virtud de una práctica constitucional evolutiva, emergería la figura del *amicus curiae* en nuestro sistema y práctica procesal constitucional, tan institucionalizada, incluso en el plano normativo, en la experiencia jurisprudencial de los tribunales más relevantes de derechos humanos, como el TEDH y la CIDH, e incluso en el TJUE².

La necesidad de avanzar en esta dimensión renovadora de la comprensión del artículo 81 de la LOTC a la luz de una marcada evolución normativa y contexto multinivel, que abre los procedimientos constitucionales, incluidos los de inconstitucionalidad, a sujetos que, sin ser partes directas del mismo, evidencian un interés legítimo constitucional a ayudar en la defensa de la constitucionalidad que predicán, aflora apenas se ponga de relieve que la eventual estimación del RI presentado por el grupo parlamentario Vox crearía un auténtico

² Como recuerda una autorizada doctrina (Baylos Grau, 2022), el *Diccionario panhispánico del español jurídico* define esta figura como «la persona física o jurídica que sin estar legitimada como parte o como tercero en un litigio interviene voluntariamente ante un tribunal para colaborar con este aportando información objetiva». Y trae a colación la STJUE de 8 de octubre de 2021, caso EPSU (C-928/19). En una línea análoga, Rojo Torrecilla (2022).

seísmo en la dinámica del sistema de relaciones de trabajo. El Estado constitucional de derecho ha querido que esta parte crucial del orden socioeconómico sea, a su vez, una pieza axial del orden constitucional.

Tal elevación institucional no debe sorprender. Es el reflejo de un doble principio: el principio social y el principio democrático. Cierto, el RI, que sí hace una profunda crítica al procedimiento para la votación en el Congreso, descalificándolo como quiebra democrática –lo que se agravaría por la sustracción al Parlamento de su tramitación–, no repara en esta dimensión socialmente concertada de la reforma, pero, en sí mismo, esta ausencia de atención expresa su desvaloración absoluta.

Interesa, pues, presentar, si bien solo de forma esbozada, dado que no es la cuestión aquí preferida, pese a su gran significación, los argumentos sobre los que se construye el RI para cuestionar la legitimidad de la reforma laboral. Ni que decir tiene que el eje cardinal –sin perjuicio de algún otro argumento oportunista– sobre el que se articula el citado RI se sitúa en el artículo 86 de la CE, al entender:

1. De un lado, que no concurriría en el RDL 32/2021, de reforma laboral, el debido presupuesto de la «necesidad urgente y extraordinaria».
2. De otro, que sí se produciría una afectación sustantiva de derechos de orden constitucional, rebasando el límite material previsto en el artículo 86 de la CE.

El primer bloque de impugnación constitucional, relativo al presupuesto habilitante, se divide, a la vez, básicamente en dos argumentos:

1. Ni concurriría la situación particular justificativa de la estricta necesidad urgente y extraordinaria, tratándose solo de una artificiosa construcción la que sustenta tal presupuesto en la apremiante condicionalidad comunitaria de la reforma.
2. Ni las medidas diseñadas constituyen una acción normativa inmediata (ausencia de conexión de sentido o relación de adecuación funcional), para modificar de forma significativa la situación jurídico-laboral preexistente a la reforma.

Se inicia el recurso con la exposición de la doctrina consolidada en la materia, que ha venido aquilatándose desde hace tiempo en la doctrina del TC (STC 111/2021, de 13 de mayo, FJ 4.º). Se trae este cuerpo doctrinal, reiterado, más como si de un homenaje solemne a lo obvio se tratara, que para asentar criterios firmes aplicables en apoyo de la impugnación de la concreta ley que se recurre.

Así, tras reiterar que el citado presupuesto habilitante tiene el sentido de límite jurídico en sentido estricto, sin que pueda utilizarse bajo el mero principio de oportunismo político de una regulación, rememoraré el triple canon de control de este juicio de adecuación

(identificación explícita y razonada de la situación singular; el carácter extraordinario y urgente de la necesidad que activa el presupuesto para dictar excepcionalmente una norma con valor de ley; la verificación de que existe una conexión de sentido o relación adecuada entre el presupuesto y las medidas finalmente adoptadas).

Pues bien, en su aplicación al caso concreto, el RI llama la atención sobre lo que considera una profunda contradicción en la que incurriría la norma impugnada constitucionalmente. A saber: mientras que el preámbulo pone el acento en el carácter estructural, incluso histórico y endémico, de los desequilibrios que trata de corregir, el Gobierno habría optado por una solución legislativa de «coyuntura». Por lo tanto –dice el RI–, carece de sentido afrontar un problema arraigado, cuya solución requiere tiempo y reflexión, también en sede parlamentaria, a través de una ley propia de soluciones de emergencia, de extraordinaria urgencia, decayendo, en consecuencia, su eventual fundamento constitucional.

No salvaría tal contradicción la condicionalidad de la existencia de la reforma, tanto en sí (debía hacerse imperativamente) cuanto en su método (debía pactarse), para acceder a los fondos europeos de la recuperación. La componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) volvería a incidir sobre la dimensión estructural de todas las reformas comprometidas. Por lo que poca incidencia podría tener para justificar el marco justificativo constitucional que hubiese una condición –aprobar en el menor tiempo posible la reforma pactada– para la presentación al cobro, de las llamadas contribuciones financieras para estos objetivos (art. 24.2 Reglamento 2021/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero).

Para el argumento del RI no habría ninguna exigencia comunitaria ni de un plazo perentorio ni de un contenido basado en instituciones estructurales, tratándose solo de un «compromiso voluntario» acogido por el Gobierno español. Por tanto, se trata de una reconstrucción artificial del presupuesto constitucional habilitante, creado libremente para predeterminar una justificación.

En definitiva, todas las medidas tienen un cariz estructural y, por lo tanto, apuntan a acciones a medio y largo plazo, lo que no justificaría una ley de tipo coyuntural, dada la excepcionalidad –idealmente– de la técnica del RDL (p. ej. contratos formativos ex art. 11 ET; sistemas RED ex art. 47 bis ET y sus normas de favor dentro del derecho de la seguridad –disp. adic. 44.^a TRLGSS–, etc.). Inexistente concurrencia del presupuesto habilitante por las sintetizadas razones para las materias laborales que, a su entender, alcanzarían un juicio más agravado en el caso de las reformas de las cotizaciones, que el preámbulo considera aplicables por «extensión» y donde parecería más claro aún que no concurre la necesidad urgente y extraordinaria.

En consecuencia, el resultado sería una utilización abusiva de la técnica de creación de leyes en virtud del artículo 86 del CE, que socavaría el principio democrático del Estado constitucional de derecho (STC 19/2019, de 12 de febrero, FJ 4.^o). La razón estriba en que

tan importantes materias estructurales, además de arraigadas, del mercado de trabajo y de las relaciones laborales no deberían ser sustraídas al debate en el Parlamento, desplazado aquí por el Ejecutivo (ni una mención desliza el RI a los interlocutores sociales –el silencio es suficientemente elocuente de la desvalorización que, sobre todo del sindicato, tiene el grupo que ha impugnado la reforma laboral ante el TC–). Un desplazamiento mayor en el caso de esta reforma laboral, al pactarse expresamente que no se tramitará como proyecto de ley, con la consiguiente autolimitación para el Gobierno y el «trágala» al Parlamento.

2.1.2. La ausencia de conexión de sentido entre la supuesta necesidad urgente y las medidas: la (pretendida) falta de inmediatez normativa

Como tampoco existiría –dice el RI– la debida conexión de sentido entre la supuesta necesidad urgente y el contenido concreto de cada medida, porque ninguna de ellas representaría una «acción normativa inmediata, que no puede esperar ni tan siquiera a la aprobación de una ley por el procedimiento de urgencia». Si se pretende resolver con urgencia un problema estructural, cambiando las reglas de juego de la contratación, parecería claro que sus efectos serán remotos en el tiempo. Las empresas necesitarán un tiempo de adaptación (superior al periodo de *vacatio legis* general concedido –3 meses–). Por lo tanto, estaríamos ante medidas que carecerían de la necesaria eficacia inmediata, su completa ejecución «sufrirá una gran dilación», dada la complejidad de las medidas y su naturaleza estructural, no perentoria.

A más a más, desde esta línea de razonamiento crítico se apela a la necesidad de que las empresas puedan tomar conciencia del verdadero alcance de los cambios de calado que introduce la reforma, exigiendo en muchos casos –argumenta el RI– un periodo de adaptación notable. La complejidad de las medidas y su novedad exigirá ir más allá de la gestión de los departamentos de recursos humanos, porque la normativa presenta tales dudas –a su entender– que no podrán sino dilatar la toma de decisiones, por lo que los efectos inmediatos serán imposibles. En consecuencia, tampoco desde este canon de control jurídico del presupuesto habilitante del artículo 86 de la CE se cumpliría, contrariando la doctrina constitucional (SSTC 237/2012, FJ 6.º y 93/2015, FJ 10.º), porque no están en las condiciones debidas para dar respuesta inmediata a sus objetivos.

El previsible impacto remoto de esta reforma laboral estructural rompe, pues, la conexión de sentido entre la pretendida necesidad urgente de la reforma y la capacidad de las medidas para actuar de forma idónea a tal fin. Justamente, se dice, la activación del procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria no hubiera representado ninguna amenaza para los objetivos y sí hubiese respetado el principio democrático. La actuación gubernamental responde más a acciones preventivas y de adaptación innovadora legislativa –con un alcance muy sustancial– que a «acciones quirúrgicas de emergencia» (STC 68/2007, FJ 10.º), por lo que habría desbordado los límites razonables de su potestad, incurriendo en abuso o en uso arbitrario (STC 139/2016, FJ 3.º).

2.2. La extralimitación material: vulneración de la prohibición de afectar de forma sustancial al contenido esencial de derechos constitucionales

Un segundo bloque argumental se reconduce hacia el intento de convencer al TC de que el RDL 32/2021, carente de presupuesto habilitante (que tampoco el debate tenido en el Parlamento sobre la convalidación habría servido para subsanar el defecto, porque se habría presentado de forma muy parca o lacónica), ha desbordado también el límite material (STC 38/2016, FJ 6.º), esto es, la prohibición de afectar el contenido esencial de derechos como el derecho al trabajo (art. 35) y el derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE). Más aún, se pone el acento en que la reforma tendrá una «honda repercusión sobre el modelo español de relaciones laborales en tanto altera algunos de sus pilares e instituciones básicas», novaciones de gran alcance y efecto estructural. El resultado sería una profunda innovación estructural encubierta de norma coyuntural, viene a afirmar.

De nuevo se apela a la (pomposa, esto es innegable, para cualquier analista de esta reforma no integrista) exposición de motivos, en la que se exalta la gran «ambición» de la reforma, en sí, y respecto de otras precedentes, antesala de transiciones de calado: «hacia un modelo más justo y garantista [...]. Un cambio de paradigma [...]». Una nueva «gran transformación del mercado de trabajo español [...]». El RI insiste en esta idea para resaltar la profunda (pretendida) innovación que conlleva el nuevo marco legal, para así enfatizar más la inadecuación de la técnica legislativa en el plano constitucional, hasta detenerse en la explicitud por el Gobierno del sentido de antesala o preludio de la «gran reforma» que viene: «la modernización del Estatuto de los Trabajadores que plasme las bases de un nuevo contrato social que permita hacer compatible la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcada por las transiciones ecológica y digital [...]».

Junto a estas referencias a las expresiones y frases más rimbombantes y solemnes, pura idealizaciones de los contenidos normativos (las exposiciones de motivos no están pactadas, recuérdese, por tanto no responden a la voluntad concorde, sino a los deseos y visiones del autor de la misma, el Gobierno, que aprovecha la oportunidad para darse autobombo), el RI hace un cierto recorrido por modificaciones concretas, a fin de poner de relieve también esta idea de reforma estructural y profunda, no parcial o menor. La contratación temporal, la negociación colectiva (alteración reglas de preferencia de los convenios, ultraactividad indefinida, etc.) y las cotizaciones sociales serán tres de los bloques normativos modificados que reflejarían esa dimensión sustantiva.

2.3. Los (pretendidos) vicios en el procedimiento de votación

El tercer y último bloque de argumentos –muy profusos– de impugnación de la reforma laboral tiene que ver con los pretendidos vicios del Pleno en el que se convalidó la reforma

laboral (con dos votaciones, la de convalidación, y la de no tramitación como proyecto de ley, ganadas ambas por un solo voto –en el primer caso por posible error informático de un diputado de la Oposición–). Es conocido el bochornoso espectáculo dado por la cámara en este punto. Pero de ahí a entender que se trata de una quiebra absoluta del principio democrático parece que media un abismo. No nos detendremos en este sainete, al que el RI dedica 10 páginas, evidenciando su relevancia para él.

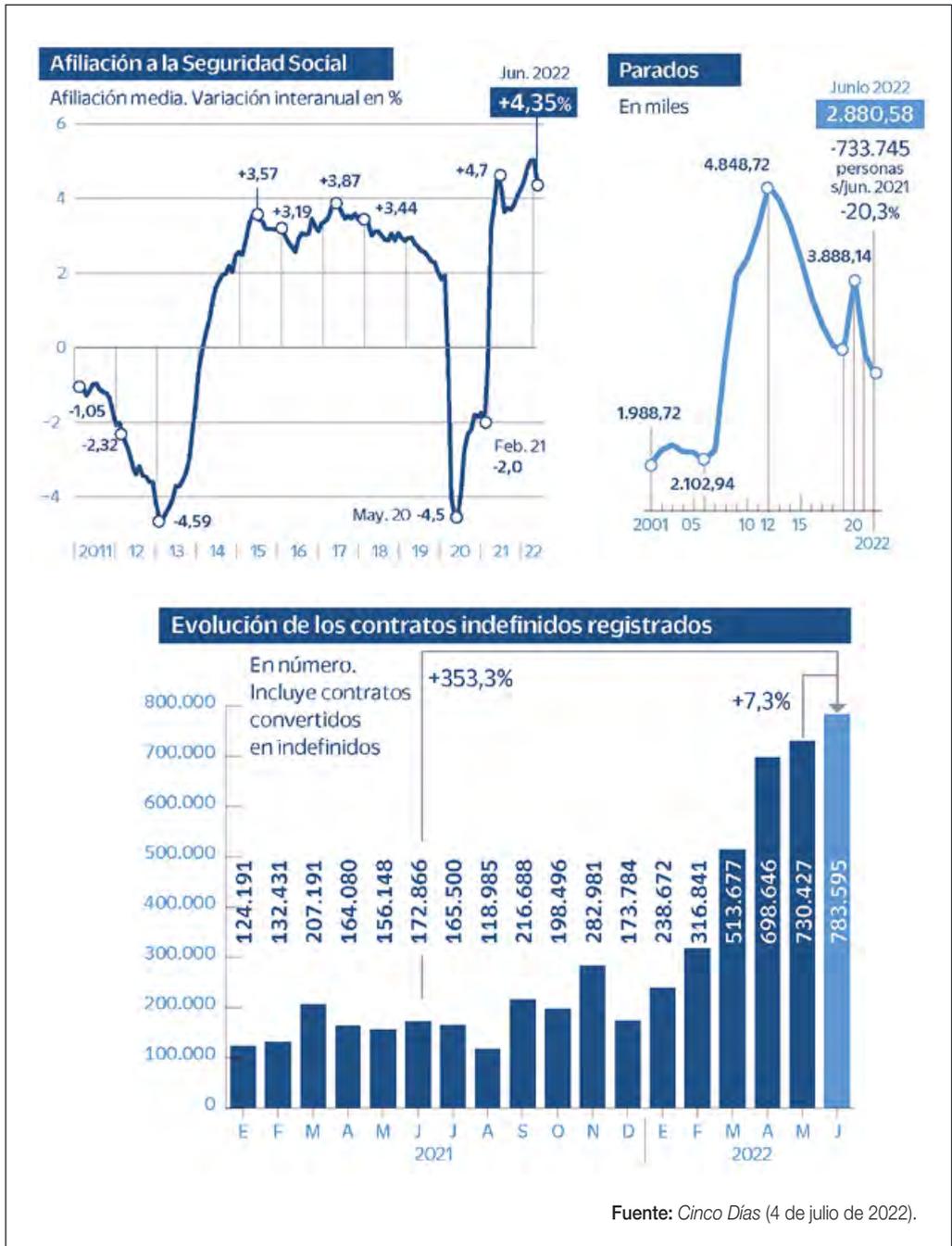
2.4. La desautorización práctica de la crítica del RI por «efecto remoto»: el (relativo) éxito inmediato de la reforma

Expuestos, con una sustancial neutralidad –sin perjuicio de algún comentario o glosa efectuado al hilo de algunas de las expresiones utilizadas, por el RI e incluso por el típico preámbulo-cuento que adorna esta norma– los argumentos del RI, procedería analizar su solvencia jurídica o, al contrario, su debilidad atendiendo a la realidad de la reforma y al estado del arte interpretativo constitucional de la potestad legislativa de urgencia ex artículo 86 de la CE. Pero, como ya he advertido, no es esta la misión del estudio emprendido aquí, porque se trata de la cuestión de fondo del RI. Pero antes de ella el TC debe abordar la cuestión procesal que resulta realmente innovadora en este tipo de procedimientos de constitucionalidad: la personación de los sindicatos concertantes de la reforma laboral como coadyuvantes procesales para defender la legitimidad constitucional de su contribución normativa esencial. Este es el aspecto que interesa en este artículo.

No obstante, no me resisto a hacer dos observaciones. De un lado, reseñar solo la visión tan simplista de las relaciones entre problemas estructurales y soluciones de urgencia que exhibe el RI. Llevada a sus extremas consecuencias haría inconstitucionales la mayoría de los adoptados (p. ej. el Real Decreto-ley 12/2022, de 5 de julio, que trata de poner coto al sistemático y arraigado abuso de la temporalidad en el personal estatutario de salud), que presenta una imagen reductiva de la doctrina constitucional (p. ej. SSTC 47/2015, FJ 5.º y 139/2016, FJ 3.º). De otro, se augura un estrepitoso fracaso al que la realidad abocaría la segunda línea argumental del RI. Me refiero a la relativa al efecto de cambio remoto auspiciado para la reforma laboral.

En efecto, parece desmentir esta crítica de eficacia normativa diferida en el tiempo por la gran dilación de efectos la «prueba estadística» (con permiso de la cita atribuida a Mark Twain: «hay tres tipos de mentiras: las mentiras, las malditas mentiras y las estadísticas»; invocada por la abogada general en sus conclusiones para ejemplificar la fascinación por el número en la STJUE de 30 de junio de 2022, C-625/20 –reconoce el derecho a una doble pensión por incapacidad permanente total en el mismo régimen de seguridad social, si perjudica más a las mujeres–). Conforme a esa realidad estadística (que algún sector crítico considera artificial o «maquillada»): prácticamente uno de cada dos contratos firmados en junio (44,3 %) son indefinidos (783.595).

Gráfico 1. El mercado laboral en junio de 2022



Esto es, se constata un récord histórico de contratos indefinidos. Una parte muy importante son, cierto, contratos fijos discontinuos, como ha previsto la reforma, que quería canalizar la contratación de obra o servicio por esta otra vía, dando una salida razonable y transaccional a un grave problema de abuso.

Una evolución positiva que se produce, además, mes a mes, y que incluso evidenció sus primeros efectos exitosos antes incluso de entrar en vigor. A diferencia de nuestro legendario Cid Campeador, que, según la leyenda (y la ficción cinematográfica), ganaba batallas después de morir, por el pavor que su solo nombre y su figura erguida sobre Babieca infundía a los musulmanes, la reforma laboral, a lomos del RDL 32/2021 y el acuerdo social que lo precedió, sin duda determinante para este éxito, empezó a calar desde su aprobación, sin necesidad de esperar a la *vacatio legis* de tres meses. Ciertamente, sin perjuicio de algunos sobresaltos (como en el ámbito del personal de investigación que, por cierto, llevó a otro real decreto-ley para afrontar las incertidumbres generadas en la aplicación de la reforma laboral a este sector, el RDL 8/2022, de 5 de abril)³.

3. Marco normativo: legitimación cerrada y excluyente en el procedimiento de inconstitucionalidad vs. apertura «común» a la intervención coadyuvante

La doctrina constitucional y jurisprudencial (STS 456/2022, de 18 de mayo) vienen reconociendo la «capacidad abstracta de los sindicatos para la protección y defensa de los derechos de los trabajadores». Un concepto de persona trabajadora, por cierto, entendido en un sentido jurídico-constitucional amplio, como evidencia la reciente STS, Sala 4.ª, 684/2022, de 20 de julio. En ella, revocando la sentencia de la Audiencia Nacional en sentido contrario (concluyó la falta de legitimación activa), se reconoce legitimación activa a los sindicatos más representativos para impugnar el despido colectivo de la empresa Portier Eats Spain (empresa del grupo Uber), realizado por vía de hecho, pese a que la empresa esgrimió la falta de legitimación al tratarse de personas trabajadoras «autónomas» (personas empleadas en una plataforma digital de reparto de comida a domicilio) y que los sindicatos entienden que adolecen de «falsa autonomía». Ahora bien, en este, como en todos los casos, se les exige acreditar un «vínculo concreto» con el proceso jurisdiccional en el que pretenden intervenir.

¿Y en los procesos constitucionales? En una visión aislada, normativamente hablando, del régimen de la personación en el procedimiento de inconstitucionalidad la intervención procesal de los sindicatos no tendría cabida, al no explicitarlo el citado artículo 34 de

³ Real Decreto-ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (Molina Navarrete, 2022).

la LOTC. En cambio, diferente sería la lectura sistemática. El artículo 81.Uno de la LOTC permite la suplencia de esa falta de referencia expresa en virtud del reconocimiento, como regla común y supletoria para todos los «procedimientos constitucionales» (usa el plural, sin exclusión), de la «posición de coadyuvante procesal». La condición material exigida es acreditar un «interés legítimo constitucional» a intervenir en un procedimiento constitucional concreto, no ya el de amparo, sino el de inconstitucionalidad.

En estricto derecho procesal, se tiene por posición coadyuvante la que asume un sujeto tercero que se incorpora a un proceso pendiente entre dos partes, demandante y demandada originarios, en este caso entre recurrentes (grupo parlamentario Vox) y recurridos (Cortes Generales y Gobierno) en el proceso constitucional de referencia, a fin de sostener o apoyar, con razonamientos, alegaciones y pedimentos las pretensiones de alguna de las partes, por tanto, podría ser en defensa de la legitimidad constitucional del Real Decreto-ley 32/2021 (de reforma laboral) o a favor de su inconstitucionalidad. Lógicamente, en este caso, el sindicato personado lo haría en defensa de la norma en la que ha tenido un protagonismo activo, en el ejercicio de su propia competencia-derecho constitucional, la concertación social de leyes relativas a los intereses socioeconómicos que le son propios (art. 7 en relación con el art. 28 CE), colaboración así en el ejercicio de una potestad legislativa externa o ajena, la del Gobierno ex artículo 86 de la CE. Por tanto, no intervendría en defensa de una potestad propia, sino ajena, pero en la que coadyuvaría en un doble plano: en el del procedimiento de producción previa a su aprobación (en el Consejo de Ministros) y convalidación (Congreso de los Diputados), y en el proceso que se sigue para su conservación constitucional, pretendiendo evitar su invalidación (TC).

De este modo, la norma constitucional prevé una participación en defensa de tal posición colaboradora o cooperativa de una parte (recurrente) u otra (recurrido), si se da la condición sustantiva, de legitimación, que establece (en línea con la figura de la intervención procesal de persona tercera prevista con carácter general en el art. 13 Ley de enjuiciamiento civil –LEC–, de aplicación supletoria ex art. 80 LOTC) la concurrencia de un interés legítimo en el proceso constitucional para el que se pretende la personación para actuar representando un interés que le es propio, aún en defensa del ejercicio de una competencia ajena. Se dice que esa personación no puede ser distinta de la ya prevista en cada procedimiento típico constitucional, sin añadir sujetos nuevos, limitándose el precepto a una cuestión mucho más prosaica y técnica: la necesidad de conferir representación a persona procuradora y actuar bajo la dirección letrada. Pero es evidente que, así razonando, se incurre en un extremo reduccionismo formalista, banalizando la interpretación una institución que la ley orgánica ha querido institucionalizar, para un efecto útil, no para neutralizarla en sede práctica.

No bastará con cualquier interés legítimo de índole constitucional. De forma particular, tendrá que acreditarse un interés legítimo constitucional concreto a intervenir como coadyuvante en un procedimiento de inconstitucionalidad igualmente específico o concreto, no de forma genérica o abstracta, universal. En este sentido, no es dudoso que un sindicato

representativo estatal (art. 7 CE, arts. 6 y 7 LOLS), como entidad asociativo-representativa de relevancia constitucional (SSTC 18/1984, 67/1985, 121/1997), trascienda los intereses como sujetos contractuales o negociales (ex art. 37 CE) propios (SSTC 4/1983 y 20/1985), para defender intereses generales. Pero se necesita algo más para sostener esa facultad de persona en un procedimiento de inconstitucionalidad como el que afecta a la reforma laboral. De ahí que haya que dar un mayor desarrollo a las razones de fondo que sustentarían la legitimación procesal pretendida por el sindicato: una intervención procesal voluntaria adhesiva simple, en defensa de la constitucionalidad (una convergencia adhesiva que puede suponer una diferencia de cierto relieve, aunque veremos que relativa, respecto de la figura del *amicus curiae*, que actúa más como cooperador con el tribunal en la busca de la decisión más correcta constitucional, incluso de mejora y progreso del orden constitucional en juego-).

4. Razones jurídicas para la defensa del interés legítimo sindical para comparecer como coadyuvante de la reforma en el proceso de inconstitucionalidad

4.1. La singularidad de la reforma laboral como ley: el paradigma de las leyes socialmente concertadas

En la búsqueda de ese interés legítimo constitucional específico o *ad hoc* para que proceda la intervención coadyuvante sindical, un primer paso debe ser identificar en el procedimiento de inconstitucionalidad abierto un vínculo concreto en términos, como se recordó al traer a colación la doctrina jurisprudencial social, de beneficio o ventaja, o al revés, perjuicio relevante, con transcendencia constitucional, de estimarse el RI. Al respecto, parece de evidencia que así sería, dado el ámbito material del RDL 32/2021, que entra de lleno en los «intereses sociales y económicos que les son propios», ex artículo 7 de la CE (en relación con los arts. 37 y 28 CE), pues afecta a las posiciones del conjunto de la población (clase social) trabajadora.

El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, responde de forma emblemática a una modalidad específica de las normas con valor de ley, en este caso de normas de urgencia de titularidad del poder ejecutivo, caracterizada por tratarse de una «ley laboral socialmente acordada, previo proceso de negociación de buena fe a triple banda» (sindical, empresarial y gubernamental). Consecuentemente, no se trata de una norma con valor de ley más, estricta competencia del poder ejecutivo, por lo que concierne a la modalidad de leyes del artículo 86 de la CE, sino a una norma con valor de ley especial por el procedimiento de elaboración, consistente en un estricto proceso de negociación gubernamental con los sujetos sindicales y empresariales con mayor representatividad socioeconómica, ex artículo 7 de la CE. Un producto normativo negociado que, además, termina con el éxito del pacto, tras una intensa y compleja actividad negociadora. No queda ahí solo el compromiso alcanzado,

sino que se formaliza un acuerdo regulador que el Gobierno, en estricta ejecución de sus competencias normativas, se comprometía a respetar en términos literales. Por supuesto, se trata de un compromiso condicionado, a su vez, a la decisión parlamentaria, que podía haber tomado una posición distinta, de modo que el Gobierno cumplía con promover de buena fe en la negociación-votación parlamentaria el rechazo por el Congreso, lo que finalmente sucedió, por la mínima.

Ciertamente, la Constitución española no regula de forma expresa este tipo de leyes, ni le reserva un régimen particular, tampoco para el ámbito de la legislación laboral y de seguridad social, ámbito exclusivo del Estado (art. 149.1.7.^a y 17.^a CE; STC 39/2021, de 18 de febrero). En consecuencia, también en el ámbito sociolaboral, como no podía ser de otro modo, la competencia legislativa reside exclusivamente en el Parlamento español, lugar de la soberanía nacional, y, en los estrictos supuestos del artículo 86 de la CE, en el poder Ejecutivo (Gobierno). Ahora bien, que el texto constitucional, a la altura de 1978, no las prevea expresamente no quiere decir ni que estén excluidas, ni que adolezcan de una especial relevancia constitucional tácita, al ser muy típicas del doble principio social y democrático que rige la forma de «Estado constitucional de derecho» (art. 1 CE en relación con los arts. 1, 7, 9.2 y 10 CE).

No son solo sujetos contractuales, sino también son sujetos de acción político-jurídica en el ámbito sociolaboral, al ocupar un papel de «organismos básicos» en el sistema político-institucional (STC 11/1981), desbordando los intereses asociados a los vínculos de afiliación (SSTC 39/1986, 134/1994, 101/1996, 11/1998, etc.). No sorprende, pues, que este tipo singular de leyes sociolaborales, caracterizadas por una intervención activa, aquí determinante, de los interlocutores sociales en el contenido normativo de estos productos de valor legal, tuviera su origen en el modelo de concertación social (STC 39/1986, 31 de marzo), esto es, en un sistema basado en el intercambio e interrelación político-social entre Gobierno y sujetos sociales más representativos, a fin de afrontar de forma eficaz situaciones de elevada complejidad para su gobernabilidad (como la reforma laboral). Recientemente, así lo ha reafirmado la «legislación de escudo social» derivada de la triple crisis pandémica (sanitaria, económica y laboral), la fórmula de la «legislación sociolaboral negociada» y acordada se ha mostrado como instrumento tan eficaz como socialmente legitimador de decisiones de valor legislativo axiales para la economía y para la sociedad (p. ej. acuerdo sobre la reforma de pensiones).

Por supuesto, la competencia en la producción de la norma es del sujeto político-institucional originario designado, en este caso, el Gobierno, que ni se ve sustituido ni se ve desplazado, al no poder delegar en los interlocutores sociales tal competencia, ni en el caso del artículo 86 del ET ni en el del artículo 85 de la CE. La neutralidad formal de este tipo de leyes en el reparto constitucional de competencias reguladoras es incuestionable.

Nada de este acervo jurídico-constitucional, normativo y dogmático, estaría ahora en cuestión por el escrito de personación del sindicato, al contrario, se reafirma. Por lo tanto,

en juego no estaría ninguna competencia sindical propia, sino un estricto interés legítimo constitucional propio, como exige la figura de la intervención procesal por tercero interesado ex artículo 81 de la LOTC en relación con el artículo 13 de la LEC. Desde esta lectura estrictamente técnico-jurídica, aunque defensora de una visión amplia del principio democrático en la defensa de los procesos constitucionales ex artículo 81 de la LOTC, tan manifiesto como que la competencia legislativa de urgencia es del Gobierno, resulta, a nuestro entender, la legitimidad constitucional del interés sindical a coadyuvar en la defensa de la conservación constitucional de una norma con valor de ley en la que no solo ha participado de forma determinante, acordando los términos de los textos legales, sino que, de entenderse inconstitucional, impactaría de forma muy profunda y negativa en el conjunto de los intereses socioeconómicos, y político-institucionales, ex artículo 7 de la CE, que le son propios.

4.2. La actividad de concertación social normativa como contenido –esencial o adicional– de la libertad sindical y la intervención coadyuvante como garantía

La Constitución no es neutral respecto de los sujetos sindicales, favoreciendo, de conformidad con la doctrina constitucional, especialmente a los más representativos (y a las patronales de la misma naturaleza), a los que otorga un papel-estatus privilegiado para protagonizar la articulación del tejido socioeconómico, más particularmente en el ámbito de las relaciones de empleo y de trabajo, no solo para la negociación entre poderes de autonomía colectiva privada (art. 37 CE), sino también como canal de interlocución por excelencia del poder público en la expresión de esos intereses de grupo. En este sentido, al margen de la incidencia de otros preceptos genéricos (art. 1 o art. 129 CE), hoy se acepta comúnmente que el artículo 7 de la CE ha evolucionado hacia una comprensión como fundamento normativo legitimador de un amplio catálogo de formas de concertación social en nuestro sistema político-institucional. Por supuesto, se trata de canales compatibles y complementarios con los formalizados de expresión de la voluntad legislativa de los poderes del Estado, con inclusión de la legislación negociada y acordada. Todo ello siempre, lógicamente, que se mantenga en defensa de los intereses sociales y económicos que le son propios (STC 121/2001, 238/2005).

Como se desprende de la doctrina constitucional (STC 39/1986, 31 de marzo), la actividad sindical externa como sujeto negociador con poderes públicos para producir una ley está también protegida por la libertad sindical ex artículo 28 de la CE en relación con el sistema de normas de fuente internacional, en las que se funda y les sirve de orientación interpretativa ex artículo 10.2 de la CE (STS, Sala 4.^a, 347/2019, de 8 de mayo). No queda claro, en efecto, estando discutido en la doctrina científica (Cruz Villalón, 2006) si integra el contenido esencial o, en cambio, el adicional, de la libertad sindical. Si cuando se trata de una actividad de negociación colectiva es doctrina constante que estamos ante el conteni-

do esencial de la libertad sindical ex artículo 28 en relación con el artículo 37 de la CE (Convenios 87 y 98 OIT, art. 11 CEDH; arts. 5 y 6 de la Carta Social Europea), cuando se trata de manifestaciones de la concertación social (p. ej. ley socialmente negociada), el TC parece preferir su adscripción al contenido adicional (STC 39/1986), como en la concertación institucional y consultiva. A nuestro juicio, una visión evolutiva de la garantía del contenido esencial ex artículo 51 de la CE, conforme a la etapa actual de la concertación social, sería más adecuado considerarlo como contenido esencial, una vez el poder público ha decidido –no está obligado– seguir esa opción pactada.

Ahora bien, sea contenido esencial u adicional, no admite dudas que, abierto tal proceso de legislación laboral socialmente concertada y alcanzado el correspondiente acuerdo, el sindicato firmante, representativo de intereses *erga omnes*, tiene un interés legítimo constitucional a defender la conformidad constitucional de la «ley-acuerdo de contenido normativo» formalizado, una vez que se ha impugnado en el correspondiente proceso constitucional, como aquí ha sucedido. Por tanto, en este tipo de asuntos, el artículo 81 de la LOTC debe interpretarse de conformidad con preceptos tales como el artículo 7 y el artículos 28 de la CE, además de, lógicamente, en atención al artículo 24 de la CE, pues en juego está la efectividad de la tutela jurisdiccional de aquellos, cuando se impugna el RDL 32/2021, comprometiendo su continuidad, incluso con el compromiso de no tramitación como proyecto de ley para evitar alterar los delicados equilibrios reguladores en las relaciones de trabajo acordados. Intervenir no es obligación, sino una posibilidad, pero ejercida, no sería ni razonable ni coherente, ex artículo 81 de la LOTC, rechazarla, cuando un fallo estimatorio del RI tendría un impacto sísmico en intereses *erga omnes* propios.

4.3. ¿Una reinterpretación evolutiva del sujeto coadyuvante constitucional a la figura del *amicus curiae*? ¿De quién es amigo el sindicato firmante?

Honestamente, no creo que, de rechazarse la figura, de gran tradición jurídica y arraigo en los sistemas de jurisdicción internacional protectora de derechos humanos en todo tipo de procesos, también de invalidez de las leyes, del *amicus curiae*, sin una previsión específica en la LOTC (sí, aun en fórmulas difusas, en otras leyes nacionales), se resienta la solidez de las razones esgrimidas, en las páginas precedentes, a favor del reconocimiento a los sindicatos firmantes de la reforma laboral el derecho a personarse en el procedimiento de inconstitucionalidad abierto contra ella. No habiendo acuerdo pleno en el sentido de esta figura⁴, la distinción entre la condición de coadyuvante (se adhiere a una de las posiciones

⁴ Que tiene las formulaciones más dispares. Por ejemplo, el artículo 23 del Reglamento Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de la República Dominicana establece que «se considera «amicus curiae» o amigo del Tribunal a la persona física o jurídica, o a la institución del Estado que, ajena al litigio o al

de parte, aun en defensa de interés legítimo propio) y la de «amigo del tribunal» (desde una posición autónoma colabora con el tribunal para dar la solución que más vigor dé al orden constitucional, aportándole puntos de vista que enriquecen los propios de la alta curia) se mantiene. Ahora bien, entendemos que la legitimación de la personación sindical en casos como este puede dar mayor vigor a la relectura evolutiva propuesta para el artículo 81 de la LOTC, que también exige comprenderse en los términos sistemáticos y contextuales internacionales, ex artículos 9.1 y 10.2 de la CE.

Así lo entiende un sector de la doctrina constitucionalista, pues la interpretación de la figura de la intervención coadyuvante ex artículo 81 de la LOTC en los términos más propios de la figura del *amicus curiae* (p. ej. Corte Suprema de los Estados Unidos prevista por la Rule 37; art. 62 Reglamento Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos) (Bazán, 2003) permitiría una visión más plural del conflicto. De este modo, con sus aportaciones se vigoriza la posición hermenéutica del TC a la hora de sentenciar en asuntos en los que el proceso legislativo ha desbordado la acción pública, para dar protagonismo determinante a grupos especialmente relevantes de la comunidad. Con ello se logra una dosis adicional de legitimación social del proceso constitucional.

Con ello, junto al principio democrático del Estado social constitucional de derecho, se refuerza el principio procesal contradictorio (una doble idea resaltada por la STEDH de 23 de junio de 1993, caso Ruiz Mateos vs. España, que terminó avalando la participación de las partes –sujetos particulares– en el proceso constitucional, en aquel entonces no posibilitado) (Cano Mata, 1985), con lo que se amplía las oportunidades de éxito procesal del interés propio esgrimido en el pleito por causa ajena, como es el aquí pretendido y que se justifica particularmente por el tipo de ley cuestionada, como se razonó *ut supra*. En esta dirección cabe razonar igualmente atendiendo al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, derecho a un proceso equitativo, aplicable también en el ámbito de procedimientos constitucionales como el de referencia (el numeral 2 del artículo 36 del CEDH reconoce el *amicus curiae*). Así como siguiendo la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales (la ratificación del protocolo de reclamaciones colectivas de 1996 abre un nuevo horizonte, interpretativo y procesal), especialmente cuando en juego están los artículos 5 y 6 del CSER, pero no solo.

Precisamente, la introducción operativa de la figura del *amicus curiae* en estas jurisdicciones del máximo nivel de garantías obedecería, por lo general, a un loable objetivo de democratización sustancial de los procesos constitucionales, así como de defensa de los

proceso del cual está apoderado el Tribunal Constitucional, somete un escrito de opinión con el objeto de colaborar en su edificación. El *amicus curiae* participa en casos de trascendencia constitucional o que resulten de interés público, como son la acción directa de inconstitucionalidad [...]. Deberá poseer reconocida competencia sobre la cuestión debatida y su opinión carece de efectos vinculantes para el Tribunal».

derechos humanos, que en estos altos tribunales se despliega, a raíz de la trascendencia social general de una parte importante, sino total, de las cuestiones que en ellas se ventilan. Que este propósito converge plenamente con el objeto del RI contra la emblemática ley laboral socialmente concertada que representa el RDL 32/2021 está fuera de toda duda. La comprensión del artículo 81 de la LOTC en términos análogos a esta figura facilitaría el efecto útil de tal precepto orgánico, porque permite a los sujetos firmantes del acuerdo de reforma intervenir por la extraordinaria relevancia social del objeto discutido en él, con trascendencia mayor, como se indicó con la prueba estadística, para el interés general que para el interés corporativo sindical mismo. De este modo, no solo se atendería un derecho contemplado en el artículo 81 de la LOTC, sino que facilitaría aportar al Alto Tribunal elementos de enjuiciamiento que pueden escapársele.

5. La anómala doctrina constitucional: persistente resistencia del TC a reconocer la intervención coadyuvante para los sujetos colectivos no públicos

Lamentablemente, no ha sido la posición hasta ahora del TC (Bauer Bronstrup, 2016), sino la opuesta. Ha venido rechazando la participación de sujetos que defienden intereses particulares en procedimientos constitucionales sobre leyes, por su carácter general y abstracto (AATC 175/2004 y 1203/1987). También cuando se trata de intereses puramente corporativos o de estricta asociación grupal (ATC 252/1996, para una asociación de médicos interinos, si bien en este caso hubo un voto particular firmado por tres magistrados que entienden existente el interés legítimo a la intervención coadyuvante; ATC 248/2008, de 24 de julio, para una asociación de empresarios de vehículos de transporte con conductor respecto de una ley autonómica de transporte por carretera). Incluso cuando se ha tratado de partidos políticos (ATC 263/2008).

Pero, con reconocer la gran losa interpretativa que supone esta práctica muy ominosa del TC, a mi juicio no sería aplicable en relación con la impugnación de una ley laboral socialmente concertada. Conviene hilar más fino. No nos encontramos ni ante estrictos sujetos de la sociedad civil (sujetos de índole particular o asociativa) ni tampoco de la sociedad política (partidos políticos –estos son también entidades constitucionales, pero tienen la oportunidad de participar en la defensa de la ley que han contribuido a crear a través de la intervención del Parlamento en que se integran como grupo parlamentario, los sindicatos no la tienen–). Estamos en este caso ante sujetos de expresa trascendencia constitucional que defienden intereses generales y que han participado directamente en la producción de la ley impugnada, comprometiéndose el titular de la potestad legislativa (el Gobierno) a respetar lo pactado, sin tramitación mediante proyecto de ley en las Cortes. Estando en el ejercicio de poderes constitucionales originarios de participación autónoma y concertada ex artículo 7 y 28 de la CE sería más próxima la doctrina del TC, que sí admite tal intervención coadyuvante (p. ej. ATC 172/1995, aun para un poder de autogobierno autonómico) (Defensoría del Pueblo, 2009).

6. Epílogo: Nuevos tiempos, nuevas garantías, mayor democratización social

Si los usos, fueros y fazañas iban al caso concreto, en Bolonia [Escuela de la segunda generación de glosadores, en el siglo XIII] nos elevábamos al mundo de las ideas mediante la Lógica y la Dialéctica. Eran normas [...] válidas para múltiples conflictos reales. Me parecía increíble que más de mil años atrás los juristas romanos fueran tan lúcidos y comprendieran tan bien las luces y sombras perennes de la naturaleza humana. Los maestros nos hacían correr tras los destellos de una justicia a la que toda la humanidad tenía derecho y se nos obligaba a razonar como aquellos preclaros hombres.

Juan Francisco Ferrándiz

El juicio del agua. Grijalbo, 2021, p. 365

Los procesos constitucionales en general, y los relativos a la legitimidad de las leyes en particular, sobre todo si tienen una especial transcendencia social, como la reforma laboral, deben desenvolverse no solo conforme a las reglas técnico-jurídicas que le dan sentido y ordenan su desenvolvimiento bajo los imperativos de la seguridad jurídica y la contradicción, sino también reflejando lo más posible la complejidad de la realidad que enjuician, jurídicamente, pero con una indudable proyección de política del derecho. No es ningún planteamiento heterodoxo, al contrario, resulta estrechamente adherente a tres de los principios básicos que ordenan estos procedimientos constitucionales en un Estado de derecho como el español. Dos son sustantivos, el otro estrictamente procesal: el principio social, el principio democrático y el principio contradictorio.

En atención a ellos no parece muy cuestionable, en un plano de justicia constitucional conforme al ideal normativo reflejado en el artículo 1.1 de la CE en relación con los artículos 7, 9.1, 10 y 28, que una «ley laboral socialmente concertada», como la que ha supuesto el RDL 32/2021, que ahora se juega su suerte –inicialmente bastante exitosa en su aplicación práctica, frente a la crítica por efecto difuso o diferido del RI– ante el TC, en virtud del RI que un grupo parlamentario minoritario ha presentado, deba tener la oportunidad de ser defendida, en sede constitucional, por quienes han sido protagonistas directos. No, en absoluto se trata de una intervención en defensa del ejercicio de competencia propia, tampoco compartida, que no la tienen, pues la potestad legislativa de urgencia pertenece en exclusiva a un tercero institucional, el poder Ejecutivo (art. 86 CE), pero sí en el ejercicio, coadyuvante, de un interés legítimo constitucional que sí le es propio y que integra el contenido de un derecho de rango fundamental (art. 28 CE).

Para hacer frente a esta exigencia, en un buen número de cortes constitucionales de derecho comparado, así como en las cortes internacionales de derechos humanos, como el TEDH, la CIDH, e incluso el propio TJUE, han conocido reformas normativas, así como profusas prácticas, en las que, a través de una figura procesal histórica, el *amicus curiae*, han canalizado este imperativo de participación colectiva en los procedimientos constitucionales de mayor trascendencia (reflejando, en el fondo, la vieja idea de Carnelutti de que el proceso es siempre colectivo). España carece tanto de esa norma específica como de una práctica constitucional en tal sentido, que se resiste a ese avance.

Ahora bien, que no dispongamos de una norma específica no quiere decir en modo alguno que carezcamos del canal normativo adecuado para garantizar este tipo de exigencias de democratización social de los procesos constitucionales en los que su objeto reviste una especial trascendencia social y, además, la ley enjuiciada responde, en sí misma, a esa complejidad social, al ser una ley concertada con los interlocutores sociales al máximo nivel (art. 7 CE). Ese canal de acción participativa de derecho procesal constitucional positivo es el artículo 81 de la LOTC, en el que se recoge expresamente, como una regla común y supletoria, la figura procesal del sujeto coadyuvante. Que, hasta hoy, el TC, con una doctrina extremadamente restrictiva de derechos, por tanto, ominosa en sentido estricto, no lo haya considerado así hasta el momento, no significa que no sea posible, incluso necesario, llevar a cabo una revisión de derecho vivo, en tanto no sea la propia ley la que introduzca figuras que den más seguridad a esta necesidad de garantías más adecuadas para la efectividad de derechos fundamentales, como la libertad sindical. Como evidenciara A. Ross (2000), si es el ser el criterio determinante para la existencia del derecho, este no es solo hecho, sino también deber ser normativo (Ferrajoli, 1999), abierto a la evolución sociocultural (STC 198/2012).

En este escenario de complejidad, dinamismo y cambio sorprende que la Defensa del Derecho de la Competencia (art. 15 bis LEC), cierto que en el proceso jurisdiccional civil, sí refleje esta evolución (solo para la CNMC, no sujetos privados) (Torre Sustaeta, 2021), y el derecho social, en sede constitucional, no. En los Estados Unidos sí resulta de gran utilidad para la defensa de los intereses difusos (p. ej. acción colectiva respecto la tutela de las personas consumidoras). Ahora, la valiente y muy bien fundada decisión de UGT y CC. OO. de pedir al TC que le reconozca el derecho a personarse en defensa de la legitimidad de una norma legal que han contribuido decisivamente a crear, y aplicar con éxito próximo, no remoto, como es la reforma laboral, ofrece una inmejorable oportunidad a la nueva mayoría del TC para dar un paso adelante y armonizar su práctica con la de la mayoría de sus homólogos. En tanto, un profundo y sereno debate, tanto entre constitucionalistas cuanto entre, y con, laboralistas, podría ayudar también al TC a encontrar un camino más allanado. Este estudio pretende promover ese debate fértil en aras de la mayor institucionalización del diálogo social, sí, pero también para una toma más en serio del principio democrático del Estado de derecho.

Referencias bibliográficas

- Baylos Grau, A. (2022). Una iniciativa sindical muy relevante: la personación en la defensa de la constitucionalidad de la reforma laboral. <https://baylos.blogspot.com/2022/06/una-iniciativa-sindical-muy-relevante.html>
- Bauer Bronstrup, F. (2016). El amicus curiae en la jurisdicción constitucional española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 181-199.
- Bazán, V. (2003). El Amicus Curiae y la utilidad de su intervención procesal: Una visión de derecho comparado, con particular énfasis en el derecho argentino. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 1(1), 675-714.
- Cano Mata, A. (1985). Los ciudadanos y su posible intervención en el Recurso de Amparo y demás impugnaciones residenciadas en el Tribunal Constitucional. *Revista de Administración Pública*, 106, 171-212.
- Cinco Días. (4 de julio de 2022). España crea 116.000 empleos en el segundo mejor junio de la serie histórica. *Cinco Días*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/07/04/economia/1656917475_146019.html
- Cruz Villalón, J. (2006). Caracterización de la concertación social en España. *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho (Universidad de Sevilla)*, 4, 341-372. <https://idus.us.es/handle/11441/41587>
- Defensoría del Pueblo. (2009). *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*. Defensoría del Pueblo. República del Perú. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf>
- Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y garantías. La Ley del más débil*. Trotta.
- Molina Navarrete, C. (2020). Sindicatos y asociaciones empresariales (Artículo 7 CE). En J. García Murcia (Ed.), *La Constitución del Trabajo* (pp. 51-98).
- Rojo Torrecilla, E. (2022). Para la defensa jurídica de la reforma laboral. Sobre el derecho de las organizaciones sindicales UGT y CC. OO. a personarse ante el TC. Una iniciativa sindical que debe abrir un necesario debate entre laboralistas y constitucionalistas. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/06/para-la-defensa-juridica-de-la-reforma.html>
- Ross, A. (2000). *La lógica de las normas*. Comares.
- Torre Sustaeta, M. V. (2021). Amicus curiae: la intervención de la CNMC en el proceso civil español. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/amicus-curiae-la-intervencion-de-la-cnmc-en-el-proceso-civil-espanol>



La configuración de los certificados de calidad o medioambientales como criterio de adjudicación de los contratos públicos

Jaime Pintos Santiago

*Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo.
Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA
Socio-director del Despacho Jaime Pintos Abogados & Consultores
jpintos@jaimepintos.com | <https://orcid.org/0000-0002-1622-5162>*

Roberto Carrodeguas Méndez

*Funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional
Especialista en contratos públicos
robertocarrodeguas10@hotmail.com*

La resolución

Recurso especial interpuesto por J.M.H.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el procedimiento de licitación del contrato denominado «servicio de mantenimiento, conservación y mejora de la jardinería y la red de riego del polígono industrial de la zona franca de Barcelona y los edificios Nexus I y II, Mediativ, Zona Franca Aduanera y Sede del Consorcio de la Zona Franca de Barcelona para el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona», promovido por el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona.

La Resolución núm. 1283/2021, de 29 de septiembre decidió: Estimar en parte el recurso interpuesto por J.M.H.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige el procedimiento de licitación convocado por el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona; anulando, en consecuencia, por no ser conformes a derecho, varias cláusulas

las del PCAP (certificado ISO 45001 y acreditación según Norma UNE 166000), al entender que su configuración como criterios de adjudicación, en fase de valoración de ofertas, no guarda una relación directa con el objeto del contrato.

Argumentación del tribunal

La recurrente presenta recurso especial contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) al considerar que, dentro de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, se ha incluido la tenencia de certificados de sistemas de gestión ambiental, de seguridad y salud en el trabajo y de la Norma UNE 16600, que resultan contrarios a derecho, alegando que no solo no se explica ni se alcanza a entender la relación entre la posesión de estos certificados y el objeto del contrato, sino que además esos certificados deberían haberse previsto en el pliego como criterios de solvencia, y no como criterios de adjudicación.

Con el ánimo de motivar su decisión, el tribunal comienza recordando su reciente cambio de posicionamiento sobre la posibilidad de introducir la tenencia de certificados de calidad o medioambientales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos.

Cita, a tal efecto, la Resolución núm. 789/2019, de 11 de julio (rec. núm. 557/2019), en la que reconoce tal opción, argumentando que la evolución del ordenamiento de la Unión Europea y, en especial, la de la nueva LCSP han determinado la necesidad de matizar la doctrina del tribunal sobre la utilización de esta clase de certificados, no solamente como criterio de solvencia, sino también como criterio de adjudicación. Si bien, en este último caso, destaca que resulta necesario que estén claramente vinculados con las prestaciones que constituyen el objeto del contrato.

Por otra parte, el Tribunal Central, atendiendo a la interpretación recogida en la Resolución núm. 456/2019, de 30 de abril (rec. núm. 197/2019), mantiene que la vinculación de tales criterios de adjudicación con el objeto del contrato concurre cuando

se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, y ello porque, de otro modo se estaría lesionando el principio de igualdad de trato, dando lugar a una discriminación entre las ofertas.

Partiendo de la doctrina extractada, el tribunal examina si los certificados previstos en el PCAP como criterios de adjudicación del contrato cumplen la exigencia de estar vinculados claramente con el objeto del mismo, llegando a la conclusión de que dos de los tres que son motivo de impugnación a través del recurso especial no guardan relación direc-

ta con el objeto contractual, de suerte que puedan erigirse en parámetro de comparación entre unas ofertas y otras.

En consecuencia, procede la estimación del recurso interpuesto por la asociación representativa de los intereses afectados y la anulación de las cláusulas controvertidas.

Consecuencias para la práctica

1. La doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales acerca de la improcedencia de configurar los certificados de calidad y de cumplimiento de normas de gestión ambiental como criterio de adjudicación de los contratos públicos se encuentra claramente superada

Tradicionalmente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales había negado repetidamente la viabilidad de integrar esta clase de certificados como criterios de adjudicación de los contratos públicos (pueden citarse, entre otras, la resoluciones núm. 939/2018, 405/2018, 321/2018, 385/2017, 476/2016, 628/2015, 255/2015 y 906/2014).

Incluso, debemos hacer hincapié que, estando vigente la actual LCSP, el Tribunal Central continuaba defendiendo que la nueva normativa no variaba el régimen anterior, permitiendo, de este modo, utilizar ahora los certificados de calidad como criterio de adjudicación.

Esta postura restrictiva encontraba su fundamento en la interpretación de la jurisprudencia comunitaria (sentencias TJCE de 19 de junio de 2003 –asunto C-315/01–, 24 de enero de 2008 –asunto C-532/06– y 12 de noviembre de 2009 –asunto C-199/07–; sentencia TJUE de 9 de octubre de 2014 –asunto C-641/13–), considerando el Tribunal Central que los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental eran modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o, si se prefiere, su aptitud para ejecutar el contrato en cuestión, con lo que, por ser tales, no podían ser empleados como criterio de valoración de las ofertas.

De igual modo, conviene recordar que esta doctrina fue aceptada de manera unánime por los diferentes órganos administrativos de recursos contractuales, de manera que los certificados de aseguramiento de la calidad no podían utilizarse como criterios de adjudicación, si bien podían exigirse como requisito de solvencia técnica (baste citar, entre otras, las resoluciones núm. 90/2017, 75/2016, 29/2015 y 30/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, la Resolución núm. 40/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Acuerdo 84/2015 del Tribunal Adminis-

trativo de Contratos Públicos de Aragón, la Resolución núm. 105/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, la Resolución núm. 76/2015 del titular del órgano administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y las resoluciones núm. 170/2018, 163/2017 y 92/2017 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público).

También, en idéntico sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en sus informes 29/2010, 50/2006 y 73/2004, indicaba que estos certificados eran medios para acreditar la solvencia técnica de las empresas o, cuando menos, su aptitud para ejecutar el contrato, razones por las cuales no podían ser utilizados como criterio de valoración de las ofertas.

Además, el Tribunal de Cuentas, en su Informe núm. 1066, de 20 de diciembre de 2014, relativo a la contratación del sector público en el año 2012, reiteraba que esta clase de certificados eran criterios vinculados a la capacidad técnica de la empresa (solvencia) y no al objeto (adjudicación), por lo que no cabía su empleo como criterio de adjudicación.

Sin embargo, es importante destacar que este posicionamiento se ha visto sustancialmente modificado a raíz de la Resolución núm. 786/2019, de 11 de junio, dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales a la luz de la nueva regulación de los criterios de valoración medioambientales y sociales establecidos en la LCSP.

Rectificación doctrinal que, a nuestro entender, busca, en suma, reconciliarse con los objetivos de la contratación pública responsable, sostenible y de calidad que persigue la actual LCSP; permitiendo, de este modo, configurar la existencia de los certificados de calidad o medioambientales como criterio de adjudicación en los procesos de contratación y no únicamente como criterio de solvencia, aclarando adicionalmente el Tribunal Central las condiciones requeridas para poder posibilitarlo.

2. El órgano de contratación podrá exigir este tipo de certificados siempre y cuando estén claramente vinculados con el objeto del contrato

A estas alturas, no cabe duda de que tanto la Directiva 2014/24/UE como la LCSP han propiciado el impulso de la utilización de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública, de forma transversal y preceptiva en las diferentes fases de la vida del contrato.

Así, con relación a los criterios de adjudicación, la norma nacional precisa en el artículo 145.2 que los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio (objetivo que inspira la nueva regulación según el preámbulo de la LCSP) podrán incluir aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato.

Y en este mismo sentido, el artículo 1.3 de la LCSP prevé que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual.

Recordemos a este respecto que la Administración goza de una amplia discrecionalidad para elegir qué concretos criterios utiliza en cada caso a fin de adjudicar un contrato. Ahora bien, tiene interés resaltar que para que pueda admitirse la exigencia de estos certificados como criterio de adjudicación es necesario que estén claramente vinculados con el objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 5 y 6 del artículo 145 de la LCSP.

En suma, se considerará que el criterio de adjudicación basado en la tenencia de un certificado de calidad o de gestión medioambiental está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.

Atendiendo al razonamiento expuesto, y a los efectos de motivar el acto discrecional de su elección como criterio de adjudicación, adquiere trascendencia el informe justificativo elaborado por el órgano de contratación, en cumplimiento de la previsión normativa contemplada en el artículo 116.4 c) de la LCSP, debiendo referirse a una característica de la prestación en sí misma, que permita, como exige la Directiva 2014/24/UE en su considerando 92 para los criterios de adjudicación, «efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato».

Lo que significa que los aspectos medioambientales o sociales incorporados como criterios de adjudicación deben repercutir en el resultado de la concreta prestación solicitada, permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas respecto de su calidad intrínseca, lo que no ocurre cuando se configuran como criterios de adjudicación características generales de la política medioambiental, social o corporativa de la empresa proscritas como criterios de adjudicación (Directiva 24/2017 Fund. 97) y no las características intrínsecas de la concreta prestación, tal y como subraya el propio Tribunal Central en la comentada Resolución núm. 786/2019.

Ciertamente, no podemos desconocer que los criterios de adjudicación pivotan sobre el contenido de la oferta, a efectos de determinar cuál de las presentadas es la más ventajosa, es decir, la que satisface de forma más adecuada las necesidades del poder adjudicador.

Por consiguiente, este tipo de certificados podrá ser utilizado como criterio de adjudicación, si bien resultará esencial que el órgano de contratación justifique su vinculación con el objeto del contrato. Vinculación que, a nuestro entender, deberá ser interpretada en el sentido expuesto por el Tribunal Central, entre otras, en la Resolución núm. 195/2018 (rec. núm. 1279/2017), al considerar que



el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva, atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas.



Casuística práctica del delito de defraudación a la Seguridad Social del artículo 307 y del fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal

Vicente Magro Servet

Magistrado del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

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

Extracto

Se analizan los delitos de la defraudación a la Seguridad Social del artículo 307 del CP, fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter del CP, y del fraude de subvenciones del artículo 308 del CP, como una de las corruptelas existentes en el título XIV del libro II del CP en cuanto a la actividad de personas que, lejos de llevar una conducta ordenada en cuanto a las subvenciones y ayudas que se reciben de la Administración pública, las dirigen a otros objetivos distintos, así como los que no cumplen con la Seguridad Social en sus obligaciones contributivas respecto de los trabajadores que con aquellos trabajan.

Palabras clave: fraude de prestaciones; Seguridad Social; defraudación.

Fecha de entrada: 19-06-2021 / Fecha de aceptación: 26-07-2021

Cómo citar: Magro Servet, V. (2022). Casuística práctica del delito de defraudación a la Seguridad Social del artículo 307 y del fraude de subvenciones del artículo 308 del CP. *Revista CEFLegal*, 259-260, 95-128.



Practical casuistry of the crime of Social Security fraud under article 307 and subsidy fraud under article 308 of the Penal Code

Vicente Magro Servet

Abstract

The crimes of Social Security fraud under article 307 CP and subsidy fraud are analyzed as one of the existing corruptions in title XIV of book II of the CP in terms of the activity of people who, far from having an orderly conduct in terms of subsidies and aid received from the public Administration direct them to other different objectives, as well as those that do not comply with Social Security in their tax obligations with respect to the workers who work with them.

Keywords: fraud of benefits; Social Security; fraud.

Citation: Magro Servet, V. (2022). Casuística práctica del delito de defraudación a la Seguridad Social del artículo 307 y del fraude de subvenciones del artículo 308 del CP. *Revista CEFLegal*, 259-260, 95-128.



Sumario

1. Introducción
2. El delito de fraude a la Seguridad Social del artículo 307 del Código Penal
3. El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter del Código Penal
4. El delito del fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal

1. Introducción

Recoge el Código Penal en los artículos 305 y siguientes una serie de ilícitos penales con un componente específico cargado de sentido e interés en proteger a la Administración Pública, donde se deben justificar o abonar determinadas cantidades, por sentido contributivo a la Administración pública y al propio Estado. Se trata de conductas con un gran reproche penal, que suponen la defraudación al sistema estatal y de la necesaria aportación económica que deben hacer los ciudadanos para un correcto funcionamiento de los servicios públicos.

Este tipo de conductas podemos calificarlas como de «insolidaridad contributiva punible», porque se trata de las obligaciones de pago contributivas de los ciudadanos ante la Administración pública para el mantenimiento de los servicios públicos, ya que si se extiende y permite el fraude en estos conceptos, se dificulta, con ello, la financiación de estos servicios y la denominada «caja del Estado», sin la que puede funcionar en un país.

Lo que sí llama la atención es la existencia de mecanismos de exención de responsabilidad si se paga en un momento determinado mediante la técnica de la regularización, o, incluso, de creación de subtipos atenuados si se paga una vez se tiene conocimiento de la incoación del procedimiento. El legislador evidencia con ello que lo que pretende y busca es que se pague, ofreciendo hasta exenciones de responsabilidad y aminoraciones de pena, lo que hace aparecer la figura eficaz del «arrepentido» en estos delitos del título XIV del libro II del CP.

Veamos con ello qué se trata de proteger, y, por ende, se sanciona:

1. Artículo 305 del CP: Delito fiscal con la agravación del artículo 305 bis del CP.
2. Artículo 306 del CP: Defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea.
3. Artículo 307 del CP: Defraudación a la Seguridad Social y agravación del artículo 307 bis, así como la modalidad delictiva del artículo 307 ter.
4. Artículo 308: Fraude de subvenciones y ayudas de la Administración pública.
5. Artículo 310 del CP: Delito contable.

Se trata, como vemos, de una serie de tipos penales dirigidos a sancionar conductas de incumplimiento de obligaciones de pago a la Administración, de deslealtad a la misma en casos de subvenciones o ayudas y de fraude contable en las empresas.

Estos tipos penales tienen algunas peculiaridades distintivas, entre las que destacan la diferencia en las cuantías y periodos que se consideran para entender cometido el delito según cada caso. Veamos.

Delito fiscal (art. 305 CP)

Cuantía	Cálculo para determinar la cuantía del fraude
La cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros.	<p>2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior:</p> <p>Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si estos son inferiores a 12 meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1. (120.000 euros).</p> <p>b) En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.</p>

Delito de fraude a los presupuestos de la UE (art. 306 CP)

Cantidad	Periodo
Cuantía superior a 50.000 euros.	Sin fijación de periodo.
Subtipo atenuado: Más de 4.000 euros hasta 50.000.	

Delito de fraude a la Seguridad Social (art. 307 CP)

Cantidad	Periodo
Más de 50.000 euros.	A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante 4 años naturales.

Delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social (art. 307 ter CP)

Cantidad	Periodo
Más de 50.000 euros.	Agravación de pena.

Delito de fraude de subvenciones o ayudas (art. 308 CP)

Cantidad	Periodo
Valor superior a 100.000 euros. Subtipo atenuado: más de 10.000 y menos de 100.000 euros.	Sin periodo concreto. Se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones públicas conjuntamente.

En esencia existe una diferenciación entre cuantías y periodos que se tendrán en cuenta a la hora de determinar que nos encontramos ante un ilícito penal, o, en su defecto, nos vamos a una mera infracción administrativa, ya que vamos de los 50.000 euros del fraude a la Seguridad Social a los 120.000 euros del delito fiscal, con fijación de periodos en unos casos para sumar las cuantías, por si llegan a la suma fijada en el tipo, o bien sin indicación de periodos y refiriéndose solo el tipo a que se alcance la cuantía fijada.

Debemos también señalar, como ya hemos apuntado, la existencia de mecanismos de exención de pena y atenuación para el que pague en sus plazos, abriendo la figura del «delincuente económico arrepentido en los delitos contra la Hacienda y la Seguridad social», y que están de la siguiente manera reflejados:

Delito	Regularización	Subtipo atenuado
Fiscal (art. 305 CP).	Art. 305.4. Exención de pena. Extensiva a irregularidades contables u otras falsedades instrumentales.	Art. 305.6. Pena inferior en uno o dos grados si se paga antes de que transcurran 2 meses desde la citación judicial como imputado. Extensible a los que colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito.



Delito	Regularización	Subtipo atenuado
<p>▶</p> <p>Fraude a la Seguridad Social (art. 307 CP).</p>	<p>Art. 307.3.</p> <p>Extensiva a irregularidades contables u otras falsedades instrumentales.</p>	<p>Art. 307.5.</p> <p>Pena inferior en uno o dos grados, si se paga antes de que transcurran 2 meses desde la citación judicial como imputado.</p> <p>Extensible a los que colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.</p>
<p>Fraude de prestaciones de la Seguridad Social (art. 307 ter).</p>	<p>Art. 307 ter.3.</p> <p>Exención de pena al que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió.</p> <p>Alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales.</p>	
<p>Fraude de subvenciones (art. 308 CP).</p>	<p>Art. 308.6.</p> <p>Exención de pena cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió.</p>	<p>Art. 308.8.</p> <p>Pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito.</p>

Vamos, pues, a analizar en concreto en las presentes líneas los delitos relativos al fraude a la Seguridad Social y el de subvenciones y ayudas por su directa e íntima relación con el ámbito empresarial, porque debemos notar la importancia de la posible colaboración de terceros en el fraude que podría arrastrarles a un modelo de participación criminal en los hechos.

2. El delito de fraude a la Seguridad Social del artículo 307 del Código Penal

En este delito recordemos que se sanciona esa negativa a contribuir con sus obligaciones ante la Seguridad Social. Se trata de un delito de «insolidaridad contributiva», habida cuenta de que el sujeto autor del delito lo que lleva a cabo es una conducta infractora, que radica en el incumplimiento de una obligación de contribución económica con el Estado, pero también con sus propios trabajadores, mediante la ilusión de las prestaciones obligatorias que debe llevar a cabo por las propias contribuciones que los trabajadores deben realizar por conducto de la empresa por trabajar en la misma. Se trata, por ello, de un ataque al Estado y a sus propios trabajadores.

A) Forma comisiva

Se recoge en el artículo 307 del CP: «1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de esta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida».

B) La cuantía del fraude

Ya se ha expuesto que «la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo».

C) Supone una clara voluntad de no contribuir con el Estado en sus obligaciones a la Seguridad Social

Y por ello se recoge que lleva aparejada «la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.»

D) Forma de determinar el cómputo de los más de 50.000 euros

Se produce el cálculo para ese importe teniendo en cuenta el importe total defraudado durante cuatro años naturales.

E) ¿Cómo puedo llevar a cabo la regularización?

Se recoge en el apartado 3.º que

se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

Hay que señalar que este es uno de los pocos delitos donde cabe el «arrepentimiento» del autor del delito. Quizás en este caso y en otros el legislador ha optado por aplicar una exención de responsabilidad en el caso de que el autor del delito regularice su deuda, es decir, se ponga al día y abone lo que tenía que haber abonado en su momento.

Puede parecer injusto que en otros hechos delictivos no quepa el arrepentimiento y se pueda en estos delitos contra el Estado y las Administraciones públicas proceder al abono de la cantidad correspondiente, produciéndose la plena y efectiva regularización con exención de responsabilidad. Quizás lo que se busca es la materia del abono de la responsabilidad civil del autor del delito y de esta manera que suponga un incentivo pagar la deuda, que es, al fin y al cabo, lo que busca en este caso la Administración pública.

Sin embargo, nótese que para la viabilidad de la aplicación de esta exención de responsabilidad penal se exige que la regularización se haga en unos momentos precisos, y concretos que debe llevar a cabo en este caso la persona que ha realizado el incumplimiento ante la Seguridad Social, ya que si se hace posteriormente, lo que se aplicaría es una rebaja punitiva, como más tarde veremos, pero no la exención de responsabilidad penal que conlleva la regularización en la deuda.

F) Mantenimiento de la vía administrativa de reclamación pendiente de procedimiento penal por este delito

Importante a los efectos de que la Seguridad social puede seguir adelante con su procedimiento administrativo de persecución económica es que no hay suspensión de estas actuaciones por haberse incoado proceso penal.

Señala, así, el apartado 4.º:

La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía. En el caso de que no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, el Juez, con carácter excepcional, podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de las garantías, en el caso de que apreciara que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. La liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal.

G) Subtipo atenuado a la hora de pagar *ex post* a los momentos fijados para la operatividad de la regulación de la deuda ante la Seguridad Social

Producido el transcurso de los plazos establecidos para la regularización de la deuda con la Seguridad Social, también le quedaría la posibilidad de la aplicación de un subtipo atenuado, en este caso al autor del delito para conseguir una rebaja en la pena, si se hace una vez transcurridos los momentos ya establecidos para la regularización de la deuda.

Así, señala el apartado 5:

Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.

Nos encontramos en este punto con varios aspectos importantes que deben ser destacados, ya que se fija ese subtipo atenuado con un plazo escueto de 2 meses para llevar a

cabo ese pago tras la citación judicial. No obstante, también se puede aplicar este subtipo atenuado para aquellas personas distintas del deudor con la Seguridad Social, pareciendo referirse el texto penal a aquellos asesores o gestores que lleven la gestión de este tipo de pagos del deudor y que, en consecuencia, hubieran colaborado con el mismo en la comisión del delito y que lleven a cabo una especie de arrepentimiento mediante la colaboración con la Administración pública y la de Justicia, o la de la Seguridad Social. Todo ello al objeto de aportar pruebas y descubrir al autor del delito, lo que le supondría a estos colaboradores directos del deudor, pero también posibles responsables criminales del delito cometido, que podrían tener una rebaja importante en 1 o 2 grados, pudiendo conseguir en este caso la conformidad y la suspensión de la ejecución de la pena.

No obstante, recordar que en el artículo 307 del CP citado estamos hablando de un arco de pena elevado, ya que se trata de prisión entre 1 y 5 años, con lo cual, superados los 2 años de condena no cabría la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena, de lo que se desprende la posibilidad de que aquellos asesores y gestores de las actividades del deudor con la Seguridad Social puedan colaborar, a fin de conseguir una conformidad mediante la aplicación de esta vía colaborativa en cuanto a la aportación de pruebas y descubrimiento del autor para por medio de la conformidad conseguir la suspensión de la ejecución de la pena.

H) La colaboración de la Seguridad Social

Hemos señalado que es objetivo prioritario en este tipo de procedimientos la recuperación de las cantidades defraudadas, y es por ello por lo que en el apartado sexto se encauza una vía para exigir una colaboración de la Seguridad Social con este fin, señalando que:

En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda frente a la Seguridad Social que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legal, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social, que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

El Tribunal Supremo ha analizado este delito en la reciente Sentencia núm. 477/2022 de 18 de mayo (rec. núm. 1695/2020).

En este caso concreto se creó un entramado de empresas en las que el autor iba dando de alta a trabajadores, no pagaba a la Seguridad Social las prestaciones de los trabajadores, cerraba las empresas y creaba otras traspasando los trabajadores, y así sucesivamente.

En este caso la prueba indiciaria construida para motivar la existencia del delito del artículo 307 del CP fue la siguiente:

- a) Hubo impago generalizado de las cuotas de la Seguridad Social.
- b) La no intención de pagar se evidencia de la ausencia de gestión alguna ante la Administración de la Seguridad social para intentar regularizar el pago.
- c) No se han atendido los requerimientos de la Administración pública en ningún momento, lo que evidencia voluntad de no pagar.
- d) La construcción del entramado societario y la operativa de altas y bajas evidencia el propósito defraudador.
- e) Creación de testaferros en su mecánica operativa en las empresas *ad hoc*.

Además, en la sentencia se hacen constar dos datos relevantes que es preciso tener en cuenta en estos casos:

1. Existe el ardid constructivo de diseñar el fraude con un entramado de empresas que le sirviera de soporte aparente con testaferros puestos *ad hoc* para contribuir a crear una apariencia de realidad, que se reducía a una pura ficción orquestada y dirigida al fraude de esas deudas a la Seguridad Social por los conceptos del tipo penal que determinan la condena.
2. Con ello, el proceso de inferencia es correcto. No se trató de que «no pudiera pagar». Se trató, muy al contrario, de un diseño específico para no pagar, quedando preestablecida la voluntad de no pagar y diseñando un engranaje específico para no hacerlo, aunque ello llevó, como era obvio, al descubrimiento de la operativa llevada al efecto.

En la antes citada sentencia se contemplan aspectos de sumo interés que es preciso sistematizar en el análisis del delito objeto de examen. Veamos.

A) La acción de defraudar

«Se elabora una relación extensa del arsenal probatorio concurrente con ánimo tendencial a la acción típica con la que comienza el tipo penal de "defraudar"».

Y, sobre ello, el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia define «defraudar» como:

1. Privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho.
2. Frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o algo.
3. Eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones.
4. Turbar, quitar, entorpecer algo.

B) El dolo o intención de defraudar

Además, sobre la concurrencia del dolo o intención de defraudar a la Seguridad Social ex art. 307 CP este se evidencia de las conductas que se han declarado probadas y que llevan a la convicción de la preordenación de la conducta del autor tendente a ese fraude. No se trató simplemente de una incapacidad de pagar por circunstancias coyunturales, sino de una orquestación diseñada a no pagar con ese entramado.

C) No se exige un adicional dolo subjetivo

Además, debe dejarse claro que el delito de defraudación a la Seguridad Social, en su aspecto subjetivo, es doloso y no requiere la presencia de ningún elemento subjetivo adicional, como sería el ánimo de defraudar. En cualquier caso, dado que la conducta típica lo es para el que defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de esta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, será el proceso de inferencia del juez o tribunal derivado de la prueba practicada la que evidencia y determine la existencia de la «defraudación» en el contexto tan amplio terminológico que hemos explicado.

Solo será delictiva la conducta si se elude el pago de las cuotas y los conceptos de recaudación conjunta, defraudando. El mero impago de esas cuotas y conceptos no será constitutivo de delito. Hay que evaluar el contexto y alcance de la situación de impago.

Sobre este elemento subjetivo del injusto en los tipos penales hay que señalar que la mejor doctrina ha entendido el dolo como conocimiento y voluntad. A este respecto, baste recordar que el elemento intelectual requiere que

«para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica [...]. El elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente a la conducta como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, conducta, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.»

Nos encontramos, en el caso del artículo 307 del CP, con un delito doloso caracterizado por la conducta de defraudación a la Seguridad Social, eludiendo el pago de las cuotas de esta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, según la redacción del texto penal.

D) El mero hecho de no pagar cuotas no es delito

El mero hecho de impagar cuotas, de obtener devoluciones o de disfrutar de deducciones indebidas no será una conducta típica. Nos encontramos con lo que

la mejor doctrina denomina como un delito compuesto alternativo o acumulativo (defraudar a través de cualquiera o de más de una de las tres conductas alternativas), por lo que es imprescindible que se defraude a la Seguridad Social mediante cualquiera de las conductas comisivas por acción u omisión. El tipo restringe la relevancia penal a estas tres modalidades defraudatorias.

Y la existencia del dolo es lo que lleva a la comisión delictiva, ya que se trata de un impago ante una obligación que existe de atender este cumplimiento ante la Seguridad Social, a fin de que los trabajadores tengan, luego, la cobertura de la Administración pública procedente. Y es una obligación de puntual pago periódico que tiene establecido el sistema de la Seguridad Social, por lo que si se tratara de una imposibilidad puntual de atender sus obligaciones de pago, lo que se debe hacer es trasladar y comunicarse con la Administración acreedora para fijar aplazamientos u otras fórmulas de pago, pero no articular todo un sistema enfocado a la conducta defraudadora, que es lo que determina la condena por el tipo penal del artículo 307 del CP.

E) Se exige impago defraudando

Pero hay que tener en cuenta que la acción típica exige que se haga además defraudando. La acción típica no es no pagar, sino defraudar eludiendo el pago de las cuotas. Por ello, la descripción típica de la conducta no se limita a establecer como elemento del tipo objetivo la falta de pago de una cantidad debida, es decir, el incumplimiento del deber de pagar cuando tal deber exista y se supere una determinada cantidad, sino que exige que ello se haga, además, defraudando, y aquí es donde se alcanza el proceso de inferencia del fraude y el dolo de llevarlo a cabo.

F) Elementos del tipo penal

Nótese que si acudimos a la descripción del tipo penal, nos encontraremos con los siguientes elementos en el artículo 307 del CP, a saber:

1. Forma de ejecutarse: por acción u omisión.
2. Aspecto tendencial u objetivo perseguido con la conducta: defraudar a la Seguridad Social.
3. Formas comisivas:
 - a) Eludiendo el pago de las cuotas de esta y conceptos de recaudación conjunta.
 - b) Obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas, o
 - c) Disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida.
4. Cuantía a partir de la cual se entiende cometido el delito: siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 50.000 euros.

En consecuencia, nos encontramos ante un tipo penal que exige el ánimo tendencial del fraude a la Administración al exigir, no solo la elusión del pago, sino que ello se haga mediante defraudación, por lo que no puede entenderse que se persigue penalmente a quien no puede, temporalmente, pagar lo que corresponde, o a quien, simplemente, ha decidido no pagar, aun cuando deba luego hacer frente a las correspondientes sanciones administrativas a causa del impago. Ni tampoco a quien no declarando correctamente, sin embargo, paga lo que procede si ello fuera posible.

Y en estos casos no se trata tanto de la aplicación del principio de intervención mínima de derecho penal –no es ese el ámbito de un alegato defensivo en estos supuestos–, sino de que la sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad, no paga.

Con ello, la falta de pago va anudada a la finalidad defraudadora a la Seguridad Social, que puede inferirse de los hechos que resulten probados, y de la actuación colaborativa del deudor, de su reconocimiento de deuda y búsqueda de mecanismos preconstituidos de prueba para solucionar cómo atender ese pago debido de las cotizaciones, pero de manera que se detecte una conducta colaborativa y no simplemente negándose al pago de forma sistemática, lo que podría integrar el fraude directo a la Seguridad Social si la conducta es de reiteración, quedando palpable de una voluntad seria y persistente de no atender sus obligaciones, lo que integraría una inferencia de defraudación como objetivo ínsito en el modo de operar, u omitir para no contribuir con sus obligaciones periódicas, o pactar con la Administración cómo llevarlo a cabo cuando razones impeditivas no permitan al deudor llevarlo a cabo.

Se contemplan en la sentencia otros elementos del delito del artículo 307 del CP, que es preciso destacar y sistematizar:

A) Las conductas desplegadas evidencian la ilicitud de la conducta y su tipicidad

a) Constitución de un entramado de empresas, para el ejercicio de la actividad empresarial dentro del sector de la automoción, que desarrollaba y que regentaba el mismo, colocando al frente de las mismas como administradores formales, para encubrir su actuación y eludir sus responsabilidades, a diversos trabajadores que utilizaba como testaferros.

b) Procedió a eludir el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social por razón de los trabajadores que tenía empleados, que eran los mismos en las diferentes empresas que se sucedían.

c) Actuó con el ánimo de defraudar eludiendo el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

B) ¿A quién se sanciona en el artículo 307 del CP?

Se sanciona, así, por la vía del artículo 307 del CP:

a) A quien debe declarar por su actividad correctamente los hechos de los que nace la obligación de pago de las cuotas, y seguidamente, el deber de pagar o ingresar el importe pertinente.

b) Se exige no solo la elusión del pago, sino que ello se haga mediante defraudación. Con ello:

1. No puede entenderse que se persigue penalmente a quien no puede, temporal o definitivamente, pagar lo que le corresponde, o

2. A quien, simplemente, ha decidido no pagar, aun cuando deba luego hacer frente a las correspondientes sanciones administrativas a causa del impago.

3. Ni tampoco a quien no declarando correctamente, sin embargo paga lo que procede, si ello fuera posible.

c) La conducta típica es «defraudar eludiendo», es decir, una acción que lleva un componente intencional, aunque sin las exigencias de los elementos de la estada y una progresividad en la acción que se demuestra con esa reiteración en la conducta.

Por el contrario, la sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien, ocultando la realidad, no paga.

C) Marco regulador como norma penal en blanco

Sobre este delito del artículo 307 del CP hay que fijar el marco regulador al que se remite la norma penal por el Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, y el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social.

D) Bien jurídico protegido

Como señala la mejor doctrina respecto a este tipo penal, hay que señalar que el bien jurídico protegido es, en consecuencia, la parte del patrimonio del sistema de la Seguridad Social correspondiente a las cuotas debidas por el sujeto obligado. Con la salvaguardia de este patrimonio se cumple, a su vez, la doble función recaudatoria y protectora de la Seguridad Social. Es necesario preservar la función recaudatoria para que el sistema de la Seguridad Social desarrolle la acción protectora que proclama el artículo 41 de la Constitución española, al atribuir a los poderes públicos la instauración de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos.

Por ello, son conductas graves, y no livianas, o meras infracciones de atender obligaciones de pago, las conductas de obligados al pago de las cotizaciones de sus trabajadores a la Seguridad Social por medio de alguna de las conductas del tipo y con ámbito tendencial de defraudar, que se desprenderá de la prueba practicada, como ya se ha expuesto con detalle.

Hay que señalar, también, que en el tipo penal del artículo 307 del CP, como señala la doctrina, el objeto material sobre el que recae la conducta delictiva es la parte del patrimonio del sistema de la Seguridad Social correspondiente a la integridad del importe de las «cuotas», de los «conceptos de recaudación conjunta», a las que tiene el derecho de percibir la Seguridad Social y que el sujeto obligado debería haber ingresado, así como el importe de las deducciones o devoluciones indebidas.

También hay que destacar que la defraudación eludiendo el pago requiere la ocultación mendaz o engañosa, por acción u omisión, a la Seguridad Social, de datos relevantes para la determinación de la cantidad a ingresar a esta en concepto de cuotas, de tal forma que la Seguridad Social desconozca los hechos que fundamentan el origen y la cuantía de la deuda, bien sea total o parcialmente. Equivale a esquivar el pago de las cuotas, a través de una declaración falsa (acción) o también por no hacer la declaración debida (omisión). (SSTS 582/2018, de 22 de noviembre; 564/2018, de 19 de noviembre, y 1046/2009, de 27 de octubre [NSJ061622]).

Así, dijimos en STS 582/2018, de 22 noviembre, rec. núm. 2283/2017 que:

«Es cierto que el hecho de no pagar a la Seguridad Social no supone sin más una defraudación y no es delito el no abonar las cuotas a la Seguridad Social sin que realice maniobra de ocultación que pudiera perjudicar a la labor investigadora, puesto que el simple impago sin la concurrencia de un elemento de mendacidad solo constituye una infracción tributaria cuya sanción excede del ámbito penal.

De ahí que la sanción típica no es no pagar sino el «defraudar» eludiendo el pago de las cuotas, lo que exige el desarrollo de acciones u omisiones que provoquen la ocultación de los hechos relevantes, tributariamente o en relación al ingreso de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta a la Seguridad Social, y si bien es cierto que la mera omisión de la declaración o una declaración incompleta puede suponer una defraudación, también lo es que la falta de pago de la cantidad debida por el obligado por imposibilidad económica constatada, sin ningún artificio o maniobra de ocultación, excede el ámbito de la responsabilidad penal e incide en una infracción administrativa».

E) La ocultación de datos relevantes a la Seguridad Social

Así pues, la conducta defraudadora consiste en la ocultación de datos relevantes para la determinación de la cantidad a ingresar a la Seguridad Social, elemento objetivo por lo que el elemento subjetivo debe proyectarse sobre el conocimiento de la existencia de dicha conducta y de su significado y consecuencias.

La acepción «defraudar» significa engaño, pero la significación actual no hace referencia expresa al engaño, sino que comprende tanto «el privar a uno con abuso de confianza, con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca en derecho» como «eludir o burlar el pago de los impuestos», ambas acepciones llevan a estimar que se requiere algo más que el hecho de no pagar, para que este delito se cometa, por acción u omisión, al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los Servicios de la Seguridad Social (STS 1333/2004, de 19 de noviembre [NCJ053505]).

Extremos que conducen a determinar que la conducta típica exige que «el incumplimiento se realice defraudando», es decir, acción u omisión tendente a esa maniobra de evasión o defraudación».

Esta doctrina, que coincide con la establecida para el delito contra la Hacienda Pública, de similar tipificación, ha sido reiterada posteriormente en otras resoluciones, por ejemplo STS 1046/2009, de 27 de octubre (NSJ061622), en el sentido que ello no quiere decir que, cuando se ha comunicado la existencia de la deuda, sea bastante el impago para configurar el delito, pues la omisión a la que se refiere no puede vincularse solo con el pago, sino necesariamente con la declaración previa, a la que el sujeto viene obligado. La descripción típica no se limita a establecer como elemento del tipo objetivo la falta de pago de una cantidad debida, es decir, el incumplimiento del deber de pagar cuando tal deber exista y se supere una determinada cantidad, sino que exige que ello se haga, además, defraudando.

La acción típica no es no pagar, sino defraudar eludiendo el pago de las cuotas. Y, en cualquier caso, la precisión del concepto de lo que significa «defraudar eludiendo» debe superar la situación creada por quien comunica la existencia de la deuda y luego no realiza el ingreso que reconoce deber, sean cuales sean los cauces empleados para no realizar tal ingreso.

La omisión, en consecuencia, será una acción típica porque supone una conducta en la que implícitamente se afirma que no concurren los presupuestos fácticos que harían obligatorio el pago de las cuotas o cantidades correspondientes.

F) Su relación con el delito fiscal del artículo 305 del CP

En este sentido, aunque referida al delito fiscal del artículo 305, en el que igualmente la acción típica examinada es defraudar eludiendo el pago, se pronunció esta Sala en la STS núm. 1505/2005 (NFJ021672), en la que se concluye que «no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquel se basa o se origina».

En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS núm. 801/2008 (NFJ036248), en la que se afirmó que «para que se produzca la conducta típica del art. 305 CP,

no basta el mero impago de las cuotas, porque el delito de defraudación tributaria requiere, además, un elemento de mendacidad, ya que el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria, pero no un delito. La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de las bases tributarias (véase STS de 20 de junio de 2006, entre otras)».

La posible confusión deriva principalmente de la identificación de maniobra mendaz o maniobra de elusión con el engaño o maniobra engañosa propia de la estafa, a la que, por otra parte, se podrían asemejar algunas conductas contenidas en el artículo 305.

G) Para llegar a apreciar el fraude no es preciso un engaño similar al exigido con la estafa

Cuando se trata de la conducta consistente en defraudar eludiendo el pago del tributo o, en el caso presente, eludiendo el pago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta a la Seguridad Social, es claro que el tipo objetivo no exige un engaño consistente en una maquinación de contenido bastante para conseguir un acto de disposición del engañado en su perjuicio o en el de un tercero. No es preciso, por lo tanto, un engaño de la clase del exigido en la estafa.

Pero en ambos supuestos ha de partirse de que la ley impone al obligado una conducta, un deber, consistente en declarar correctamente los hechos relevantes tributariamente o los hechos de los que nace la obligación de pago de las cuotas, y, seguidamente, el deber de pagar o de ingresar el importe pertinente. Al exigir no solo la elusión del pago, sino que ello se haga mediante defraudación, no puede entenderse que se persigue penalmente a quien no puede, temporal o definitivamente, pagar lo que corresponde, o a quien, simplemente, ha decidido no pagar, aun cuando deba luego hacer frente a las correspondientes sanciones administrativas a causa del impago. Ni tampoco a quien no declarando correctamente, sin embargo paga lo que procede, si ello fuera posible.

H) Se castiga a quien defrauda eludiendo

Por el contrario, la sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad no declara correctamente o simplemente no declara y, además, no paga. Es decir, que a los efectos de estos delitos, la defraudación consiste en ocultar la deuda o los hechos que la generan, impidiendo así a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento las prerrogativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para hacer efectivos el cobro de aquello que corresponde.

También en la Sentencia 564/2018 de esta sala del 19 noviembre de 2018 señalamos que:

«El deber cuya elusión constituye la defraudación a la que se refiere el precepto penal está contemplado en la respectiva ley administrativa que establece el sistema de cotizaciones y que obliga al sujeto pasivo a poner en conocimiento de la Administración, con corrección, en forma completa y sin falsedad, los respectivos hechos imposables ocurridos dentro del ejercicio fiscal correspondiente (arts. 248 y concordantes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) (en igual sentido STS 13/2006, de 20 de enero [NFJ021506]).

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, no se sanciona la mera omisión de la declaración ni el simple impago, entendido este como omisión del ingreso material del dinero, cuando se ha hecho la declaración veraz. El tipo exige una conducta defraudatoria, mendaz, de ocultación de las bases de cotización o de ficción sobre devoluciones o gastos deducibles. Tanto el incumplimiento del pago de cotizaciones como la conducta defraudatoria son los requisitos típicos para la concurrencia del tipo de elusión del pago de las cuotas de la Seguridad Social. Esta sala así lo ha establecido en numerosas ocasiones, y sirva a modo de ejemplo la STS 1333/2004, de 19 de noviembre (NCJ053505) en la que se hace un completo análisis del concepto de defraudación».

En la Sentencia 1333/2004 del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2004, rec. núm. 1407/2003 (NCJ053505) recogimos que:

El art. 307 CP utiliza el verbo eludir. Aquí habla de defraudación «para eludir» el pago de las cuotas correspondientes.

En el art. 305, respecto del paralelo delito fiscal, nos dice defraudar «eludiendo el pago de tributos». Entendemos que son términos diferentes que expresan la misma idea, la que tiene este verbo (eludir) en nuestro lenguaje según el Diccionario de la Real Academia de la Española: «Huir de la dificultad, esquivarla o salir de ella con algún artificio». En lo que aquí nos interesa equivale a esquivar el pago de las cuotas de la Seguridad Social o de los tributos, que puede hacerse a través de una declaración falsa (acción) o también por no haber la declaración debida (omisión).

También se usa el verbo defraudar, palabra que viene del latín «defraudare» que a su vez procede de «fraus, fraudis» que significa engaño; pero la significación actual no hace necesariamente referencia al engaño. El referido diccionario oficial, en sus dos primeras acepciones, únicas que aquí nos interesan, nos dice que defraudar es:

«1) Privar a uno con abuso de confianza, con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca en derecho.

2) Eludir o burlar el pago de los impuestos».

Si nos acogemos a este segundo significado, defraudar es una redundancia respecto de eludir.

Si tomamos el primero, que parece lo más adecuado a fin de conceder algún valor a lo que el legislador expresamente nos dice, el término defraudar nos lleva al incumplimiento de un deber por infidelidad a las propias obligaciones, con lo que se perjudica a alguien en sus derechos.

En todo caso, ambos verbos, defraudar y eludir, nos llevan a la idea de que ha de hacerse algo más que el mero no pagar para que este delito del art. 307 pueda cometerse (por acción u omisión), al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de la Seguridad Social».

Supone, podemos asegurar, un fraude al sistema de la Seguridad Social y grave por no procurar al mismo los fondos necesarios para sus prestaciones a los acreedores de las mismas. Si existe fraude por los obligados al pago y este se extiende, incluso podría crearse graves disfunciones en los pagos de la Seguridad Social.

Existe también lo que podríamos denominar una especie de *insolidaridad punible*, en tanto en cuanto el sujeto autor defrauda con el impago de cuotas dolosamente y «contribuye» a dificultar el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social con los ciudadanos con derecho a ello.

Se contempla, así, por la doctrina que estamos ante un delito compuesto alternativo o acumulativo, porque la conducta típica está combinada por una acción nuclear y principal de defraudar a la Seguridad Social, que, a su vez, debe conseguirse a través de cualquiera, de algunas o de todas, de las tres modalidades alternativas determinadas».

I) La condición objetiva de punibilidad

Hemos ya secuenciado las cuantías que en cada uno de los delitos de este título XIV contempla el texto penal y a tal efecto destaca la mención que lleva a cabo la sentencia de este tema y del requisito de la fijación de la cuantía como condición objetiva de punibilidad.

Así, se destaca que «resulta curioso que en los distintos tipos penales en materia de fraude a la Administración Pública sean distintas las cuantías y formas de fijarlas temporalmente. Así:

1. Delito fiscal: (Art. 305 CP). La cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros.

A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior:

a) Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada periodo impositivo o de declaración, y si estos son inferiores a doce meses, el importe de lo defrau-

dado se referirá al año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1.

b) En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

2. Hacienda Europea: (Art. 305.3 CP). Cuando los hechos se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de cien mil euros en el plazo de un año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en este apartado.

Si la cuantía defraudada no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.

3. Defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta: (Art. 306 CP). En cuantía superior a cincuenta mil euros, aunque es típica también si la cuantía defraudada o aplicada indebidamente no superase los cincuenta mil euros, pero excediere de cuatro mil.

4. Fraude a la Seguridad Social: (Art. 307 CP). La cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros.

A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales.

5. Fraude de subvenciones o ayudas: (Art. 308 CP). Valor superior a cien mil euros.

La cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil.

A los efectos de determinar la cuantía a que se refiere este artículo, se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones públicas conjuntamente.

En todos estos casos hay que señalar que se tratan de condiciones objetivas de punibilidad, y no, puramente, un elemento del tipo, ya que la determinación objetiva de la cuantía objeto del fraude así debe determinarse como tal, objetivando la misma, como ya se hizo constar en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 491/2015 de 23 julio de 2015, rec. núm. 252/2015, que diferencia los ámbitos administrativo y penal en cuestiones atinentes a las cuantías en tipos penales semejantes. Apunta, así, la citada sentencia que:

«La jurisprudencia, cuando ocasionalmente se ha pronunciado, se ha decantado por entender que nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad; así, las SSTS núm. 4216/1990 de 27 de diciembre, 38/2005, de 28 de enero, 643/2005, de 19 de mayo (NFJ020606), 571/2006 de 21 de abril (NFJ034496) y 160/2009 de 12 de febrero (NFJ033866), respecto del delito contra la Hacienda Pública; o las SSTS núm. 1156/1997, de 29 de septiembre, 435/2002 de 1 de marzo, 514/2002 de 29 de mayo, 2052/2002, de 11 de diciembre, 830/2003 de 9 de junio, 1030/2013, de 28 de noviembre, respecto del delito de fraude de subvenciones; o la STS núm. 646/2014, de 8 de octubre (NCJ059003), respecto del delito de contrabando. Donde, es cierto que, de manera sucinta, enfatizan la finalidad de la condición objetiva de punibilidad de diferenciar el delito de la infracción administrativa, de modo que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía mínima establecida como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas se relega al Derecho administrativo sancionador».

Incluso, la doctrina más especializada recuerda a tal respecto, con relación al art. 307 CP, que esta cuantía, a partir de la cual la conducta sería constitutiva de delito, es una condición objetiva de punibilidad que exime de pena a la conducta defraudatoria que ha sido típica, antijurídica y culpable. El preámbulo de la LO 7/2012 también considera esta cuantía mínima como una condición objetiva de punibilidad. La cuota defraudada, considerada como condición objetiva de punibilidad, y no como elemento de tipicidad, no debe ser abarcada por el dolo del autor, lo que hace intrascendente que el conocimiento del sujeto obligado se extienda a la cuantía de lo verdaderamente defraudado, con la consecuente irrelevancia de un hipotético error de tipo sobre la cuantía.

3. El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter del Código Penal

También se ha analizado el artículo 307 ter del CP en cuanto al fraude de prestaciones a la Seguridad Social en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 561/2022, de 8 de junio.

Se trata en esta sentencia de un delito contra la Seguridad Social, por fraude de prestaciones por desempleo, entre 2008 y 2010, por cantidad de 3.941.306 euros. Fueron condenados por delito de fraude de prestaciones por desempleo del actual artículo 307 ter del CP.

Este delito antes se sancionaba por la vía del artículo 308 del CP hasta su tipificación autónoma por virtud del artículo 307 ter del CP.

Comisión del delito:

La simulación/falseamiento de la existencia de una relación laboral previa, entendemos que queda perfectamente reflejado en el pasaje que se relata que los acu-

sados, «guiados por el propósito de obtener un beneficio económico, procedieron a constituir numerosas sociedades bajo la falsa apariencia del desarrollo de actividades empresariales relacionadas con la construcción, pero sin actividad económica real, ni domicilio social ni administrador real y efectivos, sin presentación de declaración tributaria alguna o en cifras carentes de correlación con una actividad económica real y a los meros efectos de ocultación del fraude, sin existir contrato alguno de ejecución de obra ni facturación alguna, para, no obstante, contactar, por sí mismos o a través de intermediarios, con gran número de trabajadores extranjeros, principalmente marroquíes a los que ofertaban bajo la apariencia de una contratación real para la ejecución de una prestación laboral, la firma de un contrato y el alta en el régimen de la Seguridad Social [...]».

Y en relación con la obtención de prestaciones de desempleo, se dice de los trabajadores que «contratándolos por distintas empresas ficticias en distintos periodos temporales siempre bajo el control de los acusados, constituyendo una auténtica simulación de contratación laboral, posibilitando mediante la presentación de los correspondientes certificados de empresa, la percepción de prestaciones de la Seguridad Social tales como [...]».

Prueba de indicios numerados para llegar a esa conclusión:

Diferentes elementos tenidos en cuenta por estos para constatar la estrategia defraudatoria, que sistematiza en distintos apartados, como los siguientes:

- 1.º La constatación de una absoluta falta de negocio de la gran mayoría de sociedades investigadas, o, en otras, la desproporción entre el número de trabajadores y la actividad empresarial que genera.
- 2.º Los cortos periodos de alta en la Seguridad social, con la finalidad de alcanzar un mínimo periodo de cotización, así como el trasiego de trabajadores entre sociedades del entramado empresarial, con el consiguiente efecto de no levantar sospechas ante los organismos estatales, particular este que, además, ha sido avalado por diversos testigos, entre ellos [...], quien ratificó en el plenario lo que había reconocido en sede policial, de que pagó una suma de dinero para suscribir un contrato con una de las mercantiles que aparecen en la relación de las 48 que se enumeran en los hechos probados [...] y que nunca llegó a trabajar para dicha mercantil.
- 3.º Domicilios ficticios, como simples despachos o de personas, pero lugares en los que no hay indicio alguno de la existencia de la sociedad; incluso, descampados, solares sin construir o direcciones inexistentes.
- 4.º Presentación de documentos de cotización sin ingreso de cuotas, generadores desde su inicio de una deuda, que asciende a un considerable volumen habida cuenta el importante número de trabajadores, que se calcula que pueden superar el millar.
- 5.º Inexistencia de bienes ni muebles ni inmuebles, ni cuentas bancarias a nombre de las sociedades.

6.º Administradores de derecho como meros testaferros, particular que queda corroborado por el testimonio de tres de esos ficticios administradores, quienes manifestaron desconocer ese cometido, incluso las empresas con las que se les relacionaba.

7.º Se destaca, también, como indicios que convergen en la misma dirección en cuanto a la ficción e inexistencia de las empresas, el idéntico o análogo objeto social de las mismas, y se insiste en que no han sido hallados bienes muebles o inmuebles de su titularidad.

8.º Inexistencia de datos declarados ante la AEAT y declaraciones de los trabajadores, como evidencia de la ficción y consecuente inexistencia de las relaciones laborales amparadas bajo esas ficticias empresas.

La vía del artículo 308 del CP para sancionar hechos del actual artículo 307 ter del CP añadido en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

Sentencia de Tribunal Supremo núm. 561/2022 de 8 de junio.

Alegan los recurrentes que han sido condenados por un delito que no se encontraba en vigor cuando cometieron los hechos, como el de fraude de subvenciones del art. 308 CP según redacción vigente por LO 15/2003, cuando el fraude a las prestaciones por desempleo a la Seguridad Social se introduce en el art. 307 ter por LO 7/2012 de 27 de diciembre, que es por el que acusaban las acusaciones, por lo que, si así fue, es porque antes no tenía cobertura legal.

La sentencia de instancia explica que, a raíz de acuerdo de Pleno de 15 de febrero de 2002, la jurisprudencia venía entendiendo que el 308 daba cobertura al fraude en la percepción de prestaciones del sistema de la Seguridad Social por desempleo, que, posteriormente, tras esa reforma de la LO 7/2012, vino a ser dotado de sustantividad propia en el art. 307 ter CP, en cuyo preámbulo se exponen las razones y la problemática que planteaba esa subsunción, según el tipo de prestación de que se tratase, bien en el 308, si era por desempleo, bien en la estafa en concurso con falsedad documental, si era otro tipo de prestaciones, que pasan a agruparse todas, sin distinción, en el nuevo 307 ter.

Esa sentencia de instancia hace mención al referido acuerdo del pleno, y añade que el antiguo 308 solo era extensible al fraude de subvención por prestaciones por razón de desempleo, no a otros fraudes, como por jubilación, viudedad, orfandad, etc., que los llevaba a la estafa en concurso con falsedad, y que, si se comparan sus penas podían ser más elevadas; mientras que si nos quedamos en los fraudes por desempleo, únicos a los que entiende, estrictamente, de aplicación el antiguo 308, que contempla una pena de 1 a 4 años, siempre más favorable que el nuevo 307 ter, que, al ser superior a 50.000 (apdo. 2) el fraude, llevaría una pena de 2 a 6 años.

Dicho de manera más resumida, el que se creara un específico delito en el art. 307 ter no significa que con anterioridad a su creación las conductas que contempla no

fueran constitutivas, y que la razón por la cual no se acude a él es en observancia del principio de irretroactividad de la ley penal menos favorable al reo (art. 2.2 CP).

Una lectura de determinados pasajes del Preámbulo de la LO 7/2012, donde se dan las explicaciones de la creación del nuevo art. 307 ter, ayudan a comprender lo que se acaba de exponer. Por un lado, dice el legislador que «se introduce un tipo específico para la penalización de las defraudaciones en prestaciones del Sistema de la Seguridad Social mediante un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones que ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social», y más adelante que «se reforma el artículo 308 del Código Penal para mantener dentro de la regulación del fraude de subvenciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones Públicas cuando la cuantía supere la cifra de ciento veinte mil euros. Cuando se trate de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, los comportamientos defraudatorios se tipifican en un nuevo precepto, el artículo 307 ter, que los castiga con una penalidad ajustada a la gravedad del hecho».

Y la conclusión es muy sencilla: si el art. 308, vigente en la época de los hechos, llevaba aparejada una pena de prisión de uno a cuatro años, y el nuevo 307 ter, puesto que, por la cuantía de la defraudación, debiera ser de aplicación su apdo. 2, contempla una de dos a seis años, no queda ninguna duda de la corrección de la sentencia de instancia en la calificación jurídica dada los hechos, razón por la que el motivo de recurso ha de ser rechazado.

4. El delito del fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal¹

En esta modalidad delictiva la clave está en el «engaño» que se causa a la administración que subvenciona o ayuda al autor del delito y en el que puede existir coparticipación de profesionales que le «ayuden» al autor, lo que derivaría en responsabilidad penal si asesores o gestores colabora dolosamente en el *modus operandi* delictivo.

¹ 1. El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, los aplique en una cantidad superior a cien mil euros a fines distintos de aquellos para los que la subvención o ayuda fue concedida, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

1. Primera modalidad delictiva del artículo 308 del CP.

El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido

Pena: Prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

2. Exige un acto administrativo de concesión de la subvención o de la ayuda y el pago de las mismas

4. Si la cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

5. A los efectos de determinar la cuantía a que se refiere este artículo, se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones públicas conjuntamente.

6. Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1, 2 y 4 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

7. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1, 2 y 4 de este artículo no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiere prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

8. Los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito.

3. STS 1030/2013, de 28 de noviembre: Obtiene la subvención tanto el que la consigue para sí como el que la consigue para un tercero. Tal interpretación no contradice el tenor gramatical del precepto. El verbo «obtener» puede referirse no solo al beneficiario, sino también al «solicitante».

Con ello, queda clara la posibilidad de la intervención de terceros en el delito.

4. ¿Qué se debe falsear para que sea típica la conducta?

El falseamiento debe serlo de las «condiciones requeridas», lo que dependerá de la concreta convocatoria de subvención o ayuda

Falseando las condiciones requeridas para su concesión (acción). ¿Qué condiciones eran?

Ocultando las que la hubiesen impedido (acción u omisión). ¿Cuáles lo hubieran impedido?

Si el sujeto oculta datos que no eran impeditivos a la concesión de la subvención o ayuda, no estará incurriendo en este tipo penal. La acción se refleja en la presentación de la solicitud, mientras que la omisión recae sobre la información que se vierte en la documentación presentada con la solicitud de la subvención o ayuda

5. Soluciones ante el delito cometido.

- a) Conformidad con el fiscal a pena no superior a dos años y petición de suspensión de ejecución de pena.
- b) Devolución de las subvenciones o ayudas percibidas por el reintegro del apartado 6.º antes de que...

6. «Llega tarde para el reintegro» del apartado 6.º del artículo 308 del CP:

La «regularización tardía» se contempla en el artículo 308.8 del CP: pena inferior en uno o dos grados si se reconocen los hechos y se devuelve el importe antes de dos meses desde citación judicial como investigado.

7. Requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena (art. 308 bis).

Se contempla de una forma autónoma y específica el supuesto de suspensión de ejecución de la pena².

² 1. La suspensión de la ejecución de las penas impuestas por alguno de los delitos regulados en este Título se regirá por las disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título III del Libro I de este Código, completadas por las siguientes reglas:

1.^a La suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta requerirá, además del cumplimiento de los requisitos regulados en el artículo 80, que el penado haya abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o que haya procedido al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas.

8. Regularización de lo percibido (apdo. 6.º).

Devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora (El interés de demora para el año 2022 es del 3,75 %) aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió.

9. ¿Cuándo debe hacerse la devolución?

- a) Antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas
- b) En el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida
- c) Antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

10. Otro beneficio del pago y devolución que determina las peculiaridades de estos tipos que buscan, sobre todo, el pago.

El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación

11. 2.ª modalidad delictiva. Aplicación de la subvención o ayuda a fines distintos.

En el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, los aplique en una cantidad supe-

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda tributaria, la deuda frente a la Seguridad Social o de proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas y las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido. La suspensión no se concederá cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

La resolución por la que el juez o tribunal concedan la suspensión de la ejecución de la pena será comunicada a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda.

- 2.ª El juez o tribunal revocarán la suspensión y ordenarán la ejecución de la pena, además de en los supuestos del artículo 86, cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al de reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al de pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuviera capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. En estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional.

rior a cien mil euros a fines distintos de aquellos para los que la subvención o ayuda fue concedida.

Es posible la regularización.

12. Si se recibe más de 100.000 pero se desvían menos... La consumación en cuanto a la cuantía de 100.000 euros se produciría con la aplicación desviada de la misma, pero si se desvían menos, se aplica el apartado 4.º (por encima de 10.000 euros).

13. Pena adicional. Se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de 3 a 6 años.

14. Aplicarlo a fines distintos.

Se trata de un delito especial propio, porque solo puede ser autor de tal infracción penal la persona que reúne las especiales condiciones o cualidades típicamente exigidas, es decir, el beneficiario y perceptor de la subvención o ayuda obligado a su aplicación concreta. SSTS 277/2015, de 3 de junio, y 1030/2013, de 28 de noviembre.

15. El colaborador. STS 277/2015, de 3 de junio. Aunque se admite el *extraneus* como cooperador necesario al que se aplicaría la pena inferior en grado (art. 65.3 CP). Supuesto del gestor que ayuda al destino de fines distintos de los previstos con la subvención o ayuda.

16. Pena atenuada por la cuantía inferior a 100.000 pero superior a 10.000 (apdo 4.º).

Si la cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía. Cabe también la regularización de la suma percibida y devolverlo.

17. ¿Cómo se calcula el importe de los 100.000 o 10.000 euros?

Se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones públicas conjuntamente (308.5). Eliminación de la referencia al año natural por la Ley Orgánica 1/2019 y la incorporación del criterio del «total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones públicas conjuntamente».

18. Acumulación de actos administrativos de concesión de subvenciones o ayudas y pagos de más de 10.000 euros.

Por ello, habrá que evaluar para los dos tipos que las cantidades recibidas por distintas Administraciones, no solo de una, puedan acumular más de 10.000 euros. La cuantía se fijaba en 120.000 euros hasta la Ley Orgánica 1/2019 de reforma del Código Penal.

19. La tentativa del delito sería posible en caso de que el sujeto desarrolle actuaciones tendentes a la obtención fraudulenta por importe de 10.000 euros o más, pero no se alcance ese resultado final (Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria). Sería tentativa cuando no se dicten las resoluciones administrativas de concesión o no se proceda al pago, siempre que el sujeto no haya procedido al desistimiento voluntario mediante la renuncia a la solicitud o la subvención concedida (art. 16.2 CP).

El que obtenga... La consumación del delito va a depender del dictado de la resolución de concesión de la subvención o ayuda por parte de la Administración que corresponda y el posterior pago.

20. La Administración pendiente del proceso penal puede reclamar lo entregado en su vía (apdo. 7.º).

No impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal (art. 308.7 CP).

21. Rebaja de la pena si el reintegro se hace después de los plazos del apartado 6.º.

Los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos (art. 308.8 CP). Importante para llevar a cabo la conformidad con suspensión de ejecución de pena.

22. Posibilidad de que los terceros partícipes en el delito se les rebaje la pena por su grado de colaboración.

Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaboren activamente.

- a) Para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- b) Para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, o
- c) Para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito.

23. Este delito se puede cometer por persona jurídica (los programas de *compliance*).

Artículo 310 bis del CP. Es preciso introducir en los programas de cumplimiento normativo, dentro de lo que se denomina el «mapa de riesgos», la prevención a la hora de evitar cometer el delito del artículo 308 del CP. Ello permitiría, en su caso, poder exonerar a la persona jurídica si ha implementado correctamente el programa de *compliance* en su caso, lo que puede acreditarse con pericial de *compliance* ex artículo 31 bis del CP.

24. No cabe pena a las personas jurídicas en los casos del artículo 308.4 del CP.

No existe pena prevista para la persona jurídica en caso de aplicarse el artículo 308.4 del CP (fraude no superior a 100.000 y superior a 10.000), por lo que no cabe determinar responsabilidad penal para la persona jurídica al no estar prevista pena alguna. El artículo 310 bis exige que la pena exceda de dos años de prisión para la persona física, y la pena del 308.4 del CP lo es de tres meses a un año de prisión si la cuantía está entre 10.000 y 100.000 euros. El artículo 308.4 prevé pena de hasta un año de prisión.

25. ¿Qué se sanciona con este delito? ¿Cuál es su bien jurídico protegido?

El correcto funcionamiento del sistema de gasto público en materia de subvenciones o ayudas. El delito tiene como finalidad evitar que valores de naturaleza pública afectados a un fin preciso puedan resultar desviados del destino previsto para ellos, y así procurar que este destino que se cumpla es el bien jurídico a cuya realización se orienta esa previsión jurídico-penal. Por ello, se sanciona, por ejemplo, en el artículo 308.1 del CP cuando la cantidad recibida se destina a la actividad subvencionada, pero se ha ocultado alguna condición, y también (art. 308.2) cuando se destina a otro fin.

26. ¿Qué es una subvención?

Se aplica la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

27. ¿Qué es una ayuda?

Auxilio económico que proviene de fondos públicos, con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas, que incentive cualquier género de actividad.

28. Si el funcionario público comete el delito del artículo 308.1.

Sería malversación de caudales públicos frente al fraude de subvenciones. Quien colabora con él sería *extraneus*, y se aplica el artículo 65.3 del CP, pena inferior en grado.

29. Si el funcionario público comete el delito del artículo 308.2.

Subvenciones que están bien concedidas por cumplir con todos los requisitos, que se han abonado anticipadamente, y que luego no son justificadas convenientemente por haber sido desviadas, no podrán conformar el sustrato de un delito de malversación, sino, en su caso, el delito del artículo 308 del CP.

30. Delito de estafa y no de fraude de subvenciones o ayudas.

En aquellos casos en los que el perceptor utiliza un engaño eficaz para obtener la subvención o ayuda o posea un plan premeditado de desviarla y no invertirla en la actividad u operación para la que estaba prevista y se concedió, queda al margen el análisis de la aplicación de los elementos del delito del artículo 308 del CP. Se trataría de una estafa del artículo 248 del CP, con sus posibles agravantes.

31. Jurisprudencia aplicable.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 439/2020 de 10 de septiembre de 2020, rec. núm. 2549/2018. Estafa con engaño que resultó bastante y eficaz para inducir a error a la Administración, que concedió las ayudas ante las expectativas de solvencia y estabilidad empresarial que los acusados consiguieron conformar, cuando su propósito era otro, el de apoderarse en su propio beneficio del importe de aquellas. Estafa en lugar de fraude de subvenciones. Será fraude de subvenciones, con su consiguiente condición de punibilidad vinculada a la cuantía, cuando la finalidad del agente sea la de destinar los fondos al motivo para el que fueron otorgados, aunque no se tenga reparo en falsear u ocultar las condiciones requeridas para su consecución (art. 308.1 CP), o surja *a posteriori* la idea de desviar su importe (art. 308.2 CP).

Fraude de subvenciones falsificando documentos. (STS 277/2015, de 3 de junio).

Cabe fraude de subvenciones sin necesidad de falsificar documentos, por lo que, de producirse además esta conducta, surge un concurso real, en su caso, medial. El reintegro (art. 308.6 CP) impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo al reintegro.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 470/2021 de 2 de junio de 2021, rec. núm. 3241/2019.

El acusado presentó documentación para obtener de la Administración un anticipo que, en realidad, es una ayuda reintegrable o préstamo sin interés, alterando para ello los requisitos de su concesión y falseando datos para hacer creer a la Administración que la ayuda que solicita irá destinada al fin fijado en la petición, cuando no había intención alguna de hacerlo así.

Falsificación de documentos mercantiles, en concurso medial con fraude. Simulación y empleo de instrumentos documentales falsos para conseguir la ayuda propuesta con la finalidad de justificar la ayuda que finalmente se destina a fines propios y privados.

¿Hay delito del artículo 308 del CP si la entrega de cantidad por la Administración es para devolver? (Ayudas económicas con devolución).

No está excluido en modo alguno la entrega de cantidades con obligación de devolver y exigencia de cumplimiento de condiciones que se hurtan a la realidad, falsean o esconden por el autor del hecho para obtener la ayuda de forma fraudulenta.

El «anticipo» de la Administración pública es delito del artículo 308 del CP. En modo alguno puede considerarse no típica penalmente la conducta desplegada por el recurrente de presentar una documentación para obtener de la Administración un «anticipo», que, en realidad, es una «ayuda de la Administración», o «préstamo sin interés», y que para ello altere los requisitos de su concesión y lo falsee para hacer creer a la Administración que la

ayuda que solicita irá destinada al fin fijado en la petición; ello cuando no había intención alguna de hacerlo así. Y utiliza instrumentos documentales falsos para conseguir la ayuda para destinarla a fines propios y privados.

La ayuda no «gratuita» es delito si se cumplen las conductas del artículo 308.

El tipo penal no solo se circunscribe a subvenciones, sino que lo abre a las ayudas. Y esta no puede restringirse solo a las gratuitas, sino también a las que son con cláusula de devolución temporal, porque no deja de perder el concepto técnico de «ayuda».

Subvenciones y ayudas.

a) Se podría definir la subvención como una cantidad dada a fondo perdido, es decir, de modo gratuito, que concede la Administración a un particular que cumple unos determinados requisitos.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 156/2021 de 24 de febrero de 2021.

Los créditos sin interés o con interés inferior al de mercado que concede la Administración pública se incluyen en el concepto de ayuda pública.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1002/2021, de 17 de diciembre de 2021, rec. núm. 4754/2019. Si la subvención es para persona jurídica pública, es malversación.

La protección de los caudales públicos, cuando los gestionan autoridades o funcionarios, encuentra su adecuada protección a través de la aplicación de las normas relativas a los delitos de malversación. Excluir definitivamente del delito del artículo 308 los casos en los que la subvención se haya concedido a una persona jurídica pública.

La intervención de terceros como asesores-gestores. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1030/2013, de 28 de noviembre de 2013, rec. núm. 105/2013.

«Obtiene» la subvención tanto el que la consigue para sí como el que la consigue para un tercero. Tal interpretación no contradice el tenor gramatical del precepto. El verbo «obtener» puede referirse no solo al beneficiario, sino también al solicitante.

El beneficiario, según el artículo 11 de la Ley general de subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre) es la persona que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión.

Pero no se agotan ahí los sujetos responsables. La legislación especial (art. 12) extiende la cualidad de «beneficiario» a los miembros asociados del beneficiario que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión de la subvención en nombre y por cuenta del primero.

Derecho al honor y a la propia imagen de artículo periodístico con fotografía y veracidad

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Unos periodistas de un diario de una provincia, durante meses en los últimos años, publican numerosos artículos sobre unas personas de una localidad, relacionadas con determinadas sociedades que estaban relacionadas con una sociedad que estaba siendo investigada por determinados órganos judiciales penales, aludiendo a la relación existente entre los demandantes D. X y D. Z y la mencionada sociedad. Se les tildaba de colaboradores, cómplices o socios de la sociedad investigada, que los demandantes consideran simples rumores carentes de constatación o, directamente, puras y falaces invenciones. Sin reparos, se les tilda de cómplices o colaboradores de la mencionada empresa, que consideran expresiones e imputaciones que no se justifican ni por el contexto interno, ni externo y que solo quieren injuriarles y vejarse y que son meros juicios de valor carentes de la menor veracidad, no explicándose esa inquina en expresar de forma gratuita, una y otra vez, imputaciones tan afrentosas acompañando a sus fotografías.

Los demandados dicen que los artículos son veraces, que no contienen menoscabo al honor por supuestas injurias o vejaciones, sino que se limitan a comentar y publicar opiniones sobre determinados hechos que son de dominio público por un procedimiento judicial y por su naturaleza mediática, por tratarse de esas personas afectadas y sus sociedades y la otra sociedad investigadas, y que las fotografías solo acompañan el texto sin que ello suponga un vulneración del derecho a la propia imagen, aunque permiten su identificación y les vinculan con los artículos publicados.

Se pide, además una indemnización por dicha vulneración para cada uno de los actores.

Cuestiones planteadas:

1. El derecho al honor y la libertad de información: veracidad.
2. La libertad de expresión o de información y el derecho a la propia imagen.
3. Conclusión.

Solución

1. En los procedimientos en los que se solicita el amparo por la vulneración del derecho al honor o a la propia imagen surgen siempre aspectos que pueden resultar controvertidos y determinantes en la decisión de los procedimientos ordinarios en los que se decide este tipo de asuntos.

Es el caso de asuntos mediáticos por razón de la temática de los artículos publicados, en los que los periodistas publican aspectos de los afectados, que estos pueden considerar atentatorios contra sus derechos al honor, a la intimidad o a la imagen, por lo que inician los procedimientos, interponiendo las oportunas demandas, para que se reconozca la vulneración denunciada.

El caso que se propone tiene aspectos que permiten introducirse en la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen de las personas afectadas y en las que se demanda también una indemnización por todo ello. Por otro lado, los demandados y su periódico, diario en el que se publican los artículos, manifiestan que lo que realizan es su labor profesional, consistente en artículos de opinión, en los que por la relevancia pública de la noticia y el indudable interés informativo, hicieron uso de su derecho a la crítica, emitiendo diversos juicios de valor sobre hechos objetivos, reales y veraces, toda vez que se asentaban sobre informes policiales de la causa abierta a la sociedad con la que se relacionaban.

En este contexto, por los demandados se afirma que su actuación está basada en datos reales, y se encuentra presente siempre el elemento de la veracidad, ya que se basaba en datos existentes en una causa seguida en un juzgado de instrucción y en datos policiales.

En este sentido la jurisprudencia ha dicho que el concepto de veracidad no coincide con el de verdad de lo publicado o difundido, ya que cuando la Constitución requiere que la información sea veraz, no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos. Como declara nuestra STS 48/2022, de 31 de enero, con consolidada doctrina sobre el requisito constitucional de la veracidad,

al identificarlo con el resultado de una razonable diligencia, por parte del informador, a la hora de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aunque la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada. Por el contrario, falta esa diligencia debida cuando se transmiten, como hechos verdaderos, simples rumores carentes de constatación, o meras invenciones.

Es importante tener en cuenta que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han declarado que la protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que los hechos denunciados no se hayan declarado probados en un proceso de esta naturaleza o no hayan dado lugar a una sentencia penal condenatoria (STC 297/2000, de 11 de diciembre [NCJ050195], y SSTS, Sala Primera, 685/2011, de 26 septiembre, y 83/2020, de 5 de febrero [NSJ061723]).

También en STS de 13 de julio de 2021 (rec. núm. 1584/2020) se indica que si la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, sería o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente. Así ocurre en el presente caso, en que la fuente de información son informes policiales y de la Agencia Tributaria, resoluciones judiciales u otros documentos a que se refieren los artículos mencionados.

Además el Tribunal Constitucional ha declarado en SSTC de 14 de septiembre de 1999 y 15 de septiembre de 2003 (NCJ041927), que no es constitucionalmente aceptable estimar que los informadores han incumplido el deber de diligencia en el desempeño de su labor, con apoyo exclusivo en el solo dato de que el resultado final de las investigaciones llevadas a cabo en el proceso penal haya sido distinto al expuesto o transmitido por los autores de la noticia, sobre la base de los elementos que en tal momento ponía de relieve el proceso penal en curso. Por otro lado, la relevancia pública de la noticia publicada parece incuestionable.

Un elemento más a considerar es la proporcionalidad entre los titulares de la noticia y el contenido de la información; normalmente los titulares suelen ser más provocadores o llamativos, en muchos casos, que la propia noticia. La doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que establece el elemento o requisito de la proporcionalidad, exigible tanto en el ámbito de la libertad de expresión como en el de la libertad de información, supone que ninguna idea, opinión o información puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan o con la noticia que se comunique y, por tanto, innecesarias en cuanto carentes de justificación a tales propósitos, y precisa que «lo relevante para determinar el carácter meramente ofensivo u oprobioso de una expresión es su vinculación o desvinculación con el juicio de valor que se emite o con la información transmitida (STC 216/2013 [NCJ058186])», y, que «el requisito de la proporcionalidad entre la transmisión de la noticia y el fin informativo que se pretende «no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en este se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto

de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las persona», y la STS 638/2014, de 24 de junio, precisó que la veracidad de una información puede quedar comprometida por la falta de proporcionalidad de los titulares cuando en ellos se formulan conclusiones taxativas sobre la realidad de los hechos y sobre la participación del afectado que no guarden una relación lógica con los datos resultantes de dichas fuentes.

A la vista de la jurisprudencia mencionada, no parece que la libertad de información fuera vulnerada, en tanto que se informó de manera veraz sobre un asunto de interés público y se realizaron juicios de valor sobre la base de una serie de datos fácticos, no sobre conjeturas o meras presunciones, por lo que la libertad de información que protege la Constitución no ha sido ejercida vulnerando la Constitución, sino siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

2. En relación con el derecho a la propia imagen de las personas cuya fotografía fue difundida en los artículos mencionados y que no ejercían cargo público o una profesión de notoriedad pública, deben mencionarse diferentes artículos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Así, el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, dispone que

tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: [...] 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Ese artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a que hace referencia el inciso final del precepto transcrito, establece:

En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

Es importante mencionar diferentes sentencias del Tribunal Constitucional para centrar la cuestión. Así, la STC de 28 de enero de 2003 (NCJ041762) estableció que

el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual.

Otra sentencia del mencionado Tribunal Constitucional, de 16 de abril de 2007 (NCJ042202), sobre el derecho a la propia imagen, declara que este derecho

se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.

Sin embargo, el derecho a la propia imagen no comprende «el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o difundan». Como cualquier otro derecho, «no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales». Para determinar estos límites debe tomarse en consideración su dimensión teleológica, y por ello «la captación y difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de aquel o las circunstancias en que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél». Por lo tanto, el derecho a la propia imagen «se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero». No obstante, «existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen».

Ese derecho a la propia imagen cede frente a la libertad de información cuando la persona ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, como se recoge en el mencionado artículo 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

La posibilidad de rebajar las barreras de protección de los derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución y, en concreto, del derecho a la propia imagen, de las personas que, sin ejercer un cargo público ni una profesión de notoriedad o proyección pública, ni haber adquirido notoriedad voluntariamente por otras razones, hayan adquirido una relevancia pública sobrevinida por su relación con hechos o sucesos de interés público, depende, entre otras circunstancias, de que exista una relación estrecha entre la afectación de su derecho de la personalidad y los hechos de interés público en los que se ve involucrado. En efecto, la información puede ser escrita, pero también gráfica y, en este último caso, la captación y publicación de la imagen de las personas relacionadas con los hechos objeto de la información puede estar justificada por el legítimo ejercicio de la libertad de información, por la función que dichas imágenes puedan tener para informar sobre tales hechos de interés general.

No parece que existiera justificación, por ser irrelevante la publicación de la fotografía de los demandantes, al carecer de relevancia para la información que se realizaba. Solo se incluyeron las imágenes gráficas de las personas afectadas, pero sin relación sobre los hechos de interés general, los rasgos físicos de los afectados haciéndoles identificables. La pérdida del anonimato debe estar justificada por la satisfacción del interés constitucionalmente protegido, lo que no se produce en el caso que se propone, por lo que se produjo por parte de los periodistas y el diario de la provincia una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, sin que pueda ser amparado por el derecho a comunicar libremente información veraz del artículo 20.1 d) de la CE.

La vulneración del derecho fundamental al derecho a la propia imagen daría lugar a una indemnización, de conformidad con lo prevenido en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, así como a la retirada de las fotografías en el caso de tratarse de publicación digital y de los ejemplares existentes.

3. En el caso propuesto estamos en presencia de un ejercicio legítimo del derecho a la información a que se refiere el artículo 20.1 d) de la CE, pues la publicación cumple los requisitos de veracidad y proporcionalidad, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, al tratarse de una información basada en documentos judiciales y policiales y sin que se realizaran comentarios o manifestaciones que no son simples rumores o aspectos sin constatación o meras invenciones.

Sí se vulneró el derecho a la propia imagen de los afectados por las publicaciones, en la medida en que solo se publicó su fotografía, siendo fácilmente identificables, pero sin que dicha publicación gráfica tuviera relación sobre los hechos de interés general, de acuerdo con los artículos 7.5 y 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

En conclusión, la demanda presentada debería prosperar exclusivamente en lo referente a la protección del derecho a la propia imagen de los demandantes, debiendo condenar a los demandados a una indemnización y a la retirada de las fotografías publicadas.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 18 y 20.1 d).
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en el que se dispone de protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen, arts. 7.5, 8.2 y 9.3.
- SSTS, Sala Primera, 685/2011, de 26 septiembre; 638/2014, de 24 de junio; 83/2020, de 5 de febrero; 582/2021, de 13 de julio de 2022; y 48/2022, de 31 de enero.
- SSTC de 14 de septiembre de 1999, 28 de enero de 2003, 15 de septiembre de 2003 y 297/2000, de 11 de diciembre.

Cargo en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Cese e incompatibilidades. Procedimiento sancionador. Responsabilidad patrimonial

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Enunciado

D.^a Mercedes desempeñó el cargo de Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) desde el 10 de mayo de 2019 hasta el 6 de julio de 2021. La CNMC es el organismo que promueve y preserva el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y de las empresas. Es un organismo público con personalidad jurídica propia. Es independiente del Gobierno y está sometido al control parlamentario. Entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013.

Una vez que cesó en dicho cargo, y de conformidad con lo previsto en la normativa legal, comunicó a la Oficina de Conflictos de Intereses, mediante escrito de fecha 8 de julio de 2021, que optaba por la compensación económica mensual que le correspondía, de acuerdo con lo previsto en la normativa legal, durante un periodo de dos años, desde el 1 de agosto de 2021 hasta el 31 de julio de 2023.

Con fecha 21 de septiembre de 2021, se recibió en la Oficina de Conflictos de Intereses oficio del secretario general de la CNMC en el que se comunicaba que D.^a Mercedes podría estar realizando una actividad incompatible con el percibo de la compensación más arriba mencionada, a la vista de la información que la interesada recogía en su blog personal, donde señalaba que prestaba servicios profesionales de forma remunerada, desde agosto de 2021 de forma ininterrumpida, en la empresa Digital XXX, sujeta a supervisión y regulación de la CNMC, de la que, según dicho blog, es cofundadora. Asimismo, en la página web de la mencionada entidad figura que D.^a Mercedes ostenta el cargo de *general counsel*, que, asimilándolo a la denominación de los cargos existente en España, sería equivalente al cargo de asesor jurídico principal, figurando esa misma denominación en la siguiente página web: XXX. D.^a Mercedes no comunicó a ningún organismo ni oficina de la Administración la realización de esta actividad. Esta empresa tenía como fin, entre otros, no solo la prestación de servicios financieros (compra, suscripción, tenencia, administración, permuta y venta de valores mobiliarios nacionales y extranjeros), sino también la prestación de servicios de asesoramiento, consultoría y administrativos a empresas sobre la materia.

Con fecha 24 de septiembre de 2021, la Oficina de Conflictos de Intereses, teniendo en cuenta dicha información, se dirigió a la D.^a Mercedes, notificándole que se iniciaban actuaciones previas al procedimiento sancionador, de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, y en el artículo correspondiente de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC).

Tras la finalización de las actuaciones previas, el día 1 de febrero de 2022 se decreta la incoación del procedimiento sancionador el día 3 de febrero de 2022 y se lleva a cabo la instrucción del mismo, en el que el Consejo de Ministros dictó el Acuerdo de 1 de abril de 2022, notificada en esa fecha, por la que se le imponen las sanciones de declaración de incumplimiento de la Ley 3/2015, de regulación de los altos cargos de la Administración General del Estado, y su publicación en el Boletín Oficial del Estado, así como de que no podrá ser nombrada para ocupar ninguno de los cargos incluidos en el artículo 1 de la citada ley durante un periodo de cinco años, como responsable de la comisión de una infracción de la Ley 3/2015. El día 15 de abril de 2022 se publicó la sanción impuesta en el BOE.

Las pruebas aportadas en el procedimiento sancionador por la expedientada consistieron en:

- Certificado del director/administrador de Digital XXX, en el que certifica que no ha percibido retribución alguna de la misma ni de sus filiales y que no ha ostentado ningún cargo de los previstos en los estatutos sociales de Digital XXX, ni se le ha otorgado poder alguno para representar a la sociedad, ni ha ejercitado actividad alguna que haya generado derecho de retribución.
- Copias del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes a los ejercicios fiscales 2020 y 2021 en las que únicamente aparecen retribuciones dinerarias que corresponden a la CNMC y a cursos compatibles con la percepción de la pensión.
- Copias de las actas notariales de constitución de las distintas sociedades que dieron lugar a Digital XXX, en las cuales no aparece D.^a Mercedes, que acreditarían la no percepción de retribución a cargo de la empresa Digital XXX.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma, la abogada de D.^a Mercedes expone, en el trámite de contestación a la demanda, que la resolución sancionadora deber ser declarada inválida porque, entre otros vicios:

- Que se había producido la prescripción de la infracción y la caducidad del procedimiento.
- Que se han vulnerado los principios de legalidad y tipicidad en la resolución sancionadora.

- Que el Consejo de Ministros, teniendo por acreditado que ha desarrollado una actividad, presume que la actividad que ha realizado es una actividad legalmente configurada como remunerada, y, por ello, resulta incompatible con la percepción de la pensión que le corresponde tras su renuncia al cargo de consejera de la CNMC.
- Se aduce que no ha realizado ninguna actividad que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 3/2015, sea susceptible de ser comunicada a ningún organismo administrativo tras su renuncia al cargo de consejera de la CNMC.
- Se esgrime también como motivo de impugnación la ausencia de pruebas sobre la tipicidad de la conducta sancionada, pues no se ha probado que desempeñe, verdaderamente, ningún tipo de actividad.
- Se argumenta que no se puede imponer una sanción por infracción muy grave, ya que no existe relación directa entre la actividad presuntamente desempeñada en la empresa Digital XXX (empresa de servicios financieros, y que, por tanto, no está sujeta a la regulación de este sector) con las competencias del cargo que ocupaba en la CNMC, tal y como exige la Ley 3/2015.
- Se aduce que la no declaración de actividades no puede constituir una infracción muy grave, pues, en el caso de que resultare apercibida para ello, sería una infracción grave, lo que determina que deba entenderse que la Administración ha aplicado incorrectamente el tipo infractor, porque la no declaración de actividad no puede ser nunca constitutiva de una infracción muy grave.
- Igualmente, y con carácter subsidiario, se alega que la resolución sancionadora vulnera el principio de proporcionalidad enunciado en el ámbito del derecho administrativo sancionador, en el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público (LRJSP), teniendo en cuenta que no percibió remuneración alguna y que no concurre ninguna de las circunstancias para ser sancionada, y que la obligación de declaración contenida en la Ley 3/2015 es una obligación de carácter general.
- Que había solicitado información pericial consistente en declaración de especialista sobre la materia con la finalidad de acreditar que, en todo caso, la labor de D.^a Mercedes en la empresa nada había tenido que ver con su condición de ex-consejera de la CNMC. Sobre esta solicitud nada se dijo y, por tanto, el silencio era estimatorio y no debió dictarse la resolución sancionadora sin realizar dicha prueba, porque este silencio equivalía a una resolución confirmatoria.
- Finalmente, aduce que la publicación de la sanción en el BOE afectaría a los datos personales de D.^a Mercedes y supondría una vulneración de las garantías reconocidas en los artículos 24.2 y 25 de la Constitución, que debe respetar la administración cuando ejerce la potestad sancionadora. Además, supone, también, la vulneración de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Por otra parte, entendiendo la Asociación Nacional contra la Corrupción del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, debidamente inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, aduciendo que la sanción impuesta es muy baja, en tiempo y forma, igualmente, interpone el oportuno recurso contencioso-administrativo.

Finalmente, el día 15 de abril de 2023, D.^a Mercedes presenta ante el Consejo de Ministros una reclamación, por importe de 40.000 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial, porque al publicarse la sanción en el BOE, tal y como señala el relato de hechos, en primer lugar, le ha supuesto un desprestigio, toda vez que han tenido conocimiento de ello todas las personas de su entorno y cualquiera podía acceder a dicha información, con lo que ello supone y, en segundo lugar, le ha producido un evidente perjuicio económico porque, otra empresa del sector cree que estaba dispuesta a contratarla y, en su opinión, al tener conocimiento de los hechos desistió de tal contratación. La Administración no admitió su solicitud por extemporánea.

Cuestiones planteadas:

Se solicita informe jurídico razonado sobre el ajuste a derecho o no de la sanción impuesta, y en concreto sobre:

1. ¿Cuál será la presunta infracción cometida?
2. Comente los motivos alegados por la letrada en defensa de D.^a Mercedes e indique, de forma razonada, si deben ser acogidos o no y si, en suma, la resolución sancionadora fue ajustada a derecho o no, así como las razones de ello.
3. ¿Cómo habrá de resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional contra la Corrupción?
4. Informe, de forma argumentada, de todo lo concerniente a la solicitud, en concepto de responsabilidad patrimonial efectuado por D.^a Mercedes y la no admisión de la Administración por extemporánea.

Solución

1. ¿Cuál será la presunta infracción cometida?

El artículo 7.3 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado señala que:

Quienes cesen en los puestos que tengan previstas las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que

se refieren los apartados 1 y 2, tendrán un plazo de quince días hábiles, a contar desde que concurra la incompatibilidad, para comunicar a la Oficina de Conflictos de Intereses, en el caso del sector público estatal, o al órgano competente de la Administración autonómica o local, su opción entre la percepción de las mismas o el desempeño de una actividad pública o privada retribuida o, en su caso, percepción de la pensión de jubilación o retiro.

Si se opta por la percepción de las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que se refieren los apartados 1 y 2, no se podrá ejercer una actividad económico-pública o privada retribuida, aunque se renuncie a su retribución.

La infracción será muy grave, contemplada en el artículo 25.1 a) de la Ley 3/2015, consistente en «el incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere la presente ley». Se ha de considerar que el desempeño de cargos en Digital XXX constituye una actividad sujeta al régimen de incompatibilidades previsto en la ley, que declara acreditado que la demandante ha incumplido la obligación de presentar una declaración ante la Oficina de Conflictos de Intereses sobre las actividades que fuera a realizar, con carácter previo a su inicio, prevista en la normativa vigente. En este sentido, el artículo 15.1 y 2 de la Ley 3/2015 señala que:

1. Los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado.

La prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario.

2. Quienes sean alto cargo por razón de ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión, durante los dos años siguientes a su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación.

A estos efectos, se entenderán en todo caso incluidos los altos cargos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y el Consejo de Seguridad Nuclear.

Y en el apartado 6 de dicho artículo se señala que:

Quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, ante la Oficina de Conflictos de Intereses, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio.

En este caso, se dice expresamente, en el relato de hechos, que D.^a Mercedes nada comunicó sobre su trabajo en la empresa a ningún organismo de la Administración, que debió ser la Oficina de Conflicto de Intereses.

2. Comente los motivos alegados por la letrada en defensa de D.^a Mercedes e indique, de forma razonada, si deben ser acogidos o no y si, en suma, la resolución sancionadora fue ajustada a derecho o no, así como las razones de ello.

A) Prescripción de la infracción y caducidad del procedimiento

Respecto a la prescripción de la infracción, el artículo 28.1 de la Ley 3/2015 señala que «el plazo de prescripción de las infracciones previstas en este Título será de cinco años para las infracciones muy graves».

D.^a Mercedes desempeñó el cargo de consejera de la CNMC desde el 10 de mayo de 2019 hasta el 6 de julio de 2021, y se encontraba prestando servicios en la empresa Digital XXX desde agosto de 2021. De manera que la fecha a tener en cuenta para el cómputo del plazo de la infracción es desde agosto de 2021, en que cesó en dicho cargo. Por lo tanto, no había transcurrido el plazo de cinco años de prescripción de la infracción.

En cuanto a la posible caducidad del procedimiento, la Ley 3/2015 nada dice al respecto, por lo que habrá que estar a lo previsto, con carácter general, en la LPAC. En este sentido el artículo 25 referido a la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio dispone que:

1. En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

[...]

- b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95.

2. En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

En el relato de hechos se dice que, con fecha 24 de septiembre de 2021, la Oficina de Conflictos de Intereses, teniendo en cuenta dicha información, se dirigió a D.^a Mercedes, notificándole que se iniciaban actuaciones previas al procedimiento sancionador, de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, y en el artículo correspondiente de la LPAC, y que, tras la

finalización de las actuaciones previas el día 1 de febrero de 2022, se decreta la incoación del procedimiento sancionador el día 3 de febrero de 2022 y se lleva cabo la instrucción del mismo, en el que el Consejo de Ministros dictó el Acuerdo de 1 de abril de 2022, por la que se le imponen las sanciones.

Las actuaciones previas vienen reguladas en el artículo 55 de la LPAC, donde nos dice:

2. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de estos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.

La STS de 13 de mayo de 2019 (RC 2415/2016), siguiendo la línea de la anterior de 6 de mayo de 2015 (RC 3438/2012), confirma una puntualización a la doctrina jurisprudencial que había declarado que el tiempo que duren las actuaciones previas a la incoación de un procedimiento administrativo no computan en el tiempo que la Administración tiene para resolver y notificar dicha resolución, y, por lo tanto, en el plazo de caducidad.

Estas actuaciones inspectoras previas no requieren necesariamente la audiencia ni la intervención de la persona afectada (STS de 6 de mayo de 2011, RC 5225/2007), sin perjuicio de que se pueda llevar a cabo, y tienen como límite que son previas, informativas, sin que se pueda imponer sanción en el mismo, sino que para ello es necesario incoar un procedimiento sancionador específico (STS 6 de mayo de 2015, RC 3438/2012).

En sentido estricto, desde el acuerdo de inicio del procedimiento (3 de febrero de 2022) hasta la resolución sancionadora (1 de abril de 2022) no habían pasado los tres meses, pero la reciente STS de 13 de mayo de 2019 (RC 2415/2016), a la que hacíamos referencia antes, matiza nuevamente esta doctrina jurisprudencial, tal y como había hecho la STS de 6 de mayo de 2015 (RC 3438/2012), diciendo:

Esta Sala tiene declarado que ese periodo anterior al acuerdo de iniciación «[...] ha de ser forzosamente breve y no encubrir una forma artificiosa de realizar actos de instrucción y enmascarar y reducir la duración del propio expediente posterior» (sentencia de 6 de mayo de 2015, recurso de casación 3438/2012, FJ 2.º).

Por ello debemos de tener en cuenta que, pese a que, con carácter general, el plazo del periodo de actuaciones previas no entre dentro del cómputo del plazo máximo para resolver y notificar la resolución que tiene la Administración dentro de los procedimientos sancionadores y de gravamen para que no se produzca la caducidad de dichos procedimientos,

habrá que tener mucho cuidado con aquellos periodos de actuaciones previas demasiado largos o que supongan un fraude de ley, puesto que en esos casos el Tribunal Supremo apunta que sí se podrá tener en cuenta el mismo para la caducidad.

B) Presunta vulneración del principio de legalidad y tipicidad

Respeto a la presunta infracción del principio de legalidad, el artículo 25 de la LRJSP señala que:

1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.
2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.
3. Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.

Debe rechazarse que el Acuerdo del Consejo de Ministros infrinja la garantía *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* del artículo 25 de la Constitución y del artículo 25 de la LRJSP, pues no apreciamos ninguna quiebra del principio de legalidad, ya que el ejercicio de la potestad sancionadora, en este caso, vienen atribuida por la Ley 3/2015; la ejerció quien era competente para ello (el art. 27.3 señala: «Corresponde al Consejo de Ministros la imposición de sanciones por faltas muy graves y, en todo caso, cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado») y, finalmente, se trataba de una exconsejera de la CNMC.

Respecto a la presunta infracción del principio de tipicidad, el artículo 27 de la LRJSP establece que:

1. Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

C) No percepción de retribución alguna e inexistencia del tipo

En este sentido, cabe poner de relieve que la obligación de efectuar ante la Oficina de Conflictos de Intereses declaración de las actividades profesionales que se pretende rea-

lizar, a la que se refiere el artículo 7.4 de la Ley 3/2015, es de carácter formal, por lo que resulta irrelevante que la actividad profesional efectivamente desempeñada por cuenta propia o ajena en el sector privado sea esporádica u ocasional o que haya generado o no retribución (aunque a los efectos de apreciar la culpabilidad del infractor haya que ponderar la naturaleza jurídica de la actividad profesional que se pretende realizar y si la prestación de servicios profesionales tiene carácter accidental).

Por ello, entendemos que no resulta convincente el argumento de que no cabe sancionar a la D.^a Mercedes, porque, según se desprende del régimen de regulación de los altos cargos de la Administración General del Estado, y del Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrollaba la Ley 5/2006, de 10 de abril, solo procede comunicar las actividades a desarrollar cuando se trate de actividades remuneradas.

Cabe señalar que la finalidad intrínseca de esta regulación, que establece limitaciones al ejercicio de actividades privadas en el periodo de cesantía, es garantizar la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas cuando se desempeñan, y prevenir conflictos de intereses que pudieran surgir tras el cese, así como evitar cualquier riesgo de aprovechamiento ilegítimo *ex post* de los conocimientos adquiridos o de las informaciones privilegiadas obtenidas en el ejercicio de la funciones públicas como alto cargo de la Administración pública.

Los artículos 19 y siguientes de la Ley 3/2015 introducen un mecanismo de control previo del ejercicio de cualesquiera actividades o prestación de servicios profesionales que se pretendan desarrollar en el ámbito del sector privado, que se establece para garantizar la efectividad del sistema de incompatibilidades y conflictos de intereses instruido en el citado texto legal, y para salvaguardar los principios de transparencia y buen gobierno de las instituciones públicas, con el objetivo de que, una vez cumplimentado el deber jurídico de información, la Oficina de Conflictos de Intereses dictamine si existe o no incompatibilidad con la percepción de la compensación económica tras el cese en el desempeño del alto cargo, y pueda pronunciarse con fundamento sobre su compatibilidad o incompatibilidad.

D) No realización de actividad que, según la Ley 3/2015, debiera ser comunicada a ningún organismo administrativo

Se aduce que no ha realizado ninguna actividad que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 3/2015, sea susceptible de ser comunicada a ningún organismo administrativo tras su renuncia al cargo de consejera de la CNMC.

Pues bien, recoge el relato de hechos literalmente:

La interesada recogía en su blog personal que prestaba servicios profesionales de forma remunerada, desde agosto de 2021 de forma ininterrumpida, en la empresa Digital XXX, sujeta a supervisión y regulación de la CNMC, de la que, según dicho blog, es cofundadora.

Señala el artículo 7 de la Ley 3/2015:

1. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público son incompatibles con cualquier retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas, de los entes, organismos y empresas de ellos dependientes, o con cargo a los de los órganos constitucionales o que resulte de la aplicación de arancel, así como con cualquier retribución que pro venga de una actividad privada, con excepción de las previstas en el artículo 13.2 c).

[...]

3. Quienes cesen en los puestos que tengan previstas las pensiones indemnizato rias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que se refieren los apartados 1 y 2 tendrán un plazo de quince días hábiles, a contar desde que concurra la incompatibilidad, para comunicar a la Oficina de Conflictos de Intereses, en el caso del sector público estatal, o al órgano competente de la Administración autonómica o local, su opción entre la percepción de las mismas o el desempeño de una actividad pública o privada retribuida o, en su caso, percepción de la pensión de jubilación o retiro.

Si se opta por la percepción de las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que se refieren los apartados 1 y 2, no se podrá ejercer una actividad económico-pública o privada retribuida aunque se renuncie a su retribución.

La opción por el desempeño de una actividad pública o privada retribuida o por la pensión de jubilación o retiro, que se formalizará por escrito para su adecuada constancia, implica la renuncia a las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese.

Por lo tanto, carece de razón en este argumento.

E) Ausencia de prueba de la actividad realizada en el ámbito privado

Se esgrime también, como motivo de impugnación, la ausencia de pruebas sobre la tipicidad de la conducta sancionada, pues no se ha probado que desempeñe, verdaderamente, ningún tipo de actividad.

Este argumento está desvirtuado por los hechos porque:

- La interesada misma, en su blog personal, reconoce que desarrollaba esa actividad en la empresa Digital XXX.
- La misma defensa, también, lo admite, porque su argumento para combatir la sanción impuesta reside en que la actividad no es remunerada.

- La prueba era muy simple, al consistir la infracción en la falta de comunicación a la Oficina de Conflicto de Intereses, y esta omisión no se desvirtuó por todas las pruebas aportadas por la defensa de la interesada.
- Se recibió en la Oficina de Conflictos de Intereses oficio del secretario general de la CNMC en el que se comunicaba que D.^a Mercedes podría estar realizando una actividad incompatible con el percibo de la compensación.
- Finalmente, esa comunicación dio lugar a unas diligencias previas, que determinó la presunta infracción cometida y la incoación del procedimiento sancionador, que finalizó mediante resolución sancionadora.

F) No existencia de relación directa entre la actividad desempeñada en la empresa con las competencias del cargo que ocupaba en la CNMC

También debe rechazarse este argumento relativo a que la resolución sancionadora no se ajusta a la legalidad, por cuanto ha demostrado que no ha realizado ninguna actividad susceptible de ser comunicada a la Oficina de Conflictos de Intereses, ya que no existe relación directa entre la actividad presuntamente desarrollada en la empresa Digital XXX (empresa de servicios financieros) y la actividad que se corresponda con las competencias del cargo desempeñado de consejera de la CNMC, tal como exige el artículo la ley.

Esta empresa tenía como fin, entre otros, no solo la prestación de servicios financieros (compra, suscripción, tenencia, administración, permuta y venta de valores mobiliarios nacionales y extranjeros), sino también la prestación de servicios de asesoramiento, consultoría y administrativos a empresas sobre la materia. Además, el relato de hechos señala, expresamente, que estaba sujeta a la supervisión y regulación de la CNMC, lo que determina que apreciemos que se cumple el presupuesto relacional establecido en la citada norma legal.

G) Ausencia de pruebas y la presunta vulneración del principio de presunción de inocencia

El artículo 24.2 de la CE reconoce el derecho a la presunción de inocencia que, además, de aplicarse al ámbito penal se aplica, también, al ámbito de los procesos administrativos sancionadores.

La STS de 6 de junio de 2008 (rec. núm. 146/2004 [NFJ029211]), que recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional, señala que:

El principio de presunción de inocencia garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, y comporta, entre otras exigencias, la de que la Administración pruebe y, por ende, motive, no solo los hechos constitutivos de la infracción, la participación en tales hechos y las cir-

cunstancias que constituyen un criterio de graduación, sino también la culpabilidad que justifique la imposición de sanción (entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de abril; 14/1997, de 28 de enero; 209/1999, de 29 de noviembre, y 33/2000, de 14 de febrero).

Asimismo, la STS de 10 de julio de 2007 (rec. núm. 306/2002 [NFJ026628]) precisa que ha de ser la Administración la que demuestre la culpabilidad, pues «no es el interesado quien ha de probar la falta de culpabilidad».

La presunción de inocencia, derecho fundamental de la ciudadanía, según el artículo 24.2 de la Constitución y el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, viene recogida expresamente en nuestro ordenamiento para los procedimientos administrativos sancionadores en el artículo 53.2 b) de la LPAC, donde entre los derechos del interesado en el procedimiento administrativo sancionador tendrá el derecho «a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario».

Y es que, como decía la STS de 28 de abril de 2016 (RC 677/2014):

Cabe significar que el derecho a la presunción de inocencia, que rige sin excepción en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 66/2007, de 27 de marzo (NCJ041069), comporta que «no pueda imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita», e implica también el reconocimiento del derecho a un procedimiento administrativo sancionador debido o con todas las garantías, que respete el principio de contradicción y en que el presunto responsable tenga la oportunidad de defender sus propias posiciones, vedando la incoación de expedientes sancionadores cuando resulte apreciable de forma inequívoca o manifiesta la inexistencia de indicios racionales de que se ha cometido una conducta infractora, o en los que esté ausente la antijuridicidad o la culpabilidad.

El Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado no ha conculcado el derecho a la presunción de inocencia.

Las pruebas aportadas en el procedimiento sancionador (certificado del director/administrador de Digital XXX, en el que certifica que no ha percibido retribución alguna de la misma ni de sus filiales hasta cierta fecha y que no ha ostentado ningún cargo de los previstos en los estatutos sociales de Digital XXX, ni se le ha otorgado poder alguno para representar a la sociedad, ni ha ejercitado actividad alguna que haya generado derecho de retribución; copias del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes a los ejercicios fiscales 2020 y 2021, en las que únicamente aparecen retribuciones dinerarias que corresponden a la CMT y a cursos compatibles con la percepción de la pensión; copias de las actas notariales de constitución de las distintas sociedades que dieron lugar a Digital XXX, en las cuales no aparecen la recurrente), que acreditarían la no percepción de retribución a cargo de la empresa Digital XXX mientras realizaba su labor profesional de *general counsel*, resultan irrelevantes para desestimar la comisión de la conducta imputada, que consiste,

como hemos expuesto, en el incumplimiento del deber jurídico de formalizar ante la Oficina de Conflictos de Intereses una declaración formal de las actividades que pretende realizar de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.6 de la Ley 3/2015, que señala que «quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, ante la Oficina de Conflictos de Intereses, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio».

H) Calificación de la conducta como grave

Tampoco tiene razón la tesis formulada respecto de que procedería calificar la conducta de infracción grave. El incumplimiento de la obligación de efectuar declaración de actividades ante la Oficina de Conflictos de Intereses prevista en el artículo 7.4 de la Ley 3/2015 constituye un «incumplimiento de las normas de incompatibilidad a que se refiere este título», que se tipifica como infracción muy grave en el artículo 25.1 a) de la citada ley.

En este sentido, no se puede considerar que la conducta imputada sea subsumible en el tipo infractor del apartado 2 a) de la citada disposición legal («no declaración de actividades de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros tras el apercebimiento para ello»), que se refiere a las obligaciones de los saltos cargos establecidas en los artículos 11 y 12 del citado texto legal.

I) Vulneración del principio de proporcionalidad

El motivo de impugnación formulado en segundo término contra el acuerdo fundado en la vulneración del principio de proporcionalidad (que se sustenta en el argumento de que resulta improcedente calificar la conducta de infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1 a) de la Ley 5/2006, en la medida que se le sanciona de igual forma que si se hubiera trabajado para una empresa del sector de los mercados y de la competencia) no puede ser estimado.

Esta sala considera que las sanciones impuestas por el acuerdo del Consejo de Ministros no son desproporcionadas, a la luz de las circunstancias concurrentes.

Apreciamos que la resolución sancionadora respeta el marco regulatorio de las sanciones establecido en el artículo 26 de la Ley 3/2015, que prevé como sanción a imponer a las personas responsables de la comisión de infracciones muy graves la sanción de declaración de incumplimiento de la ley y su publicación en el BOE, y la de no poder ser nombrado para ninguno de los altos cargos durante el periodo de entre 5 y 10 años, al observarse que se ha impuesto en el grado mínimo.

Se le imponen las sanciones de declaración de incumplimiento de la Ley 3/2015, y su publicación en el BOE (sanciones que son preceptivas si aprecia, como es el caso, infracción muy grave, en virtud del art. 26.1 de la Ley 3/2015), así como de que no podrá ser nombrado para ocupar ninguno de los cargos incluidos en el artículo 1 de la citada ley durante un

periodo de 5 años (es el mínimo de la sanción según el art. 26.4) como responsable de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 25.1 a) del citado texto legal mediante Acuerdo del Consejo de Ministros.

Por ello, el hecho de que no percibiera retribución de la empresa contratante durante el periodo de cesantía no implica la revisión de la calificación efectuada por el Consejo de Ministros, ni se proyecta en la apreciación de una menor reprochabilidad de la conducta sancionada, que determine la atenuación de la sanción impuesta.

J) No manifestación sobre prueba pericial propuesta, lo que equivale a silencio positivo

Afirma la letrada que había solicitado información pericial consistente en declaración de especialista sobre la materia con la finalidad de acreditar que, en todo caso, la labor de D.^a Mercedes en la empresa nada había tenido que ver con su condición de exconsejera de la CNMC. Sobre esta solicitud nada se dijo y, por tanto, el silencio era estimatorio y no debió dictarse la resolución sancionadora sin realizar dicha prueba, porque este silencio equivaldría a una resolución confirmatoria.

Es cierto que el artículo 77.3 de la LPAC señala que «el instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada», de donde se deduce, *a sensu contrario*, que el instructor debió manifestarse sobre la prueba propuesta, admitiéndola o rechazándola si la consideraba manifiestamente improcedente o innecesaria y, al no hacerlo así, podría deducirse algún tipo de responsabilidad disciplinaria.

Ahora bien, en primer lugar, la figura del silencio positivo o estimatorio que ha interpretado la letrada no tienen razón de ser. El silencio administrativo es un mecanismo que protege a los ciudadanos frente a los incumplimientos de la Administración pública en la resolución de sus procedimientos administrativos. A tenor del artículo 21.1 de la LPAC, se dice que la Administración «está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación». E, igualmente, señala el precepto:

Las Administraciones Públicas deben publicar y mantener actualizadas en el portal web, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos de su competencia, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

En todo caso, las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo establecido para la resolución de los procedimientos y para la notificación de los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Dicha mención se incluirá en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en la comunicación que se dirigirá al efecto al interesado dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud iniciadora del procedimiento en el registro electrónico de la Administración u Organismo.

mo competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

Por tanto, con carácter general, no es aplicable la figura del silencio administrativo respecto a los actos de trámite, salvo que la norma lo establezca expresamente o se trate de actos de trámite cualificados que supongan la finalización del procedimiento.

En segundo lugar, esta actuación del instructor no tiene por qué generar obligatoriamente una indefensión real y efectiva a D.^a Mercedes, porque ello dependerá de la prueba pedida y de la consecuencia que su no realización producirá sobre la expedientada, y de si resulta imposible alegar en un posterior recurso su omisión y trascendencia de la no realización.

En este caso, se solicitó información pericial consistente en declaración de especialista sobre la materia con la finalidad de acreditar que, en todo caso, la labor de D.^a Mercedes en la empresa nada había tenido que ver con su condición de exconsejera de la CNMC. Pues bien, nada tiene que ver con la infracción cometida, que es no haber comunicado previamente a la Oficina de Conflicto de Intereses que iba a realizar ese trabajo en la empresa. Por tanto, aunque así fuera, no cambiaría el sentido de la resolución sancionadora. Por otra parte, si cree que resultó perjudicada por la no realización de la prueba, siempre dispondrá de los recursos posteriores contra dicha resolución para reiterar la prueba si considera que le ha producido un perjuicio real y efectivo.

K) La publicación en el BOE de la sanción vulnera la Ley de protección de datos

La STC 23/2022, Sala 2.^a, de 21 de febrero, recurso de amparo núm. 6420/2019, BOE de 25 de marzo de 2022 (NCJ065990), se ha referido a esta cuestión, aunque referido a otro caso e infracción de otra ley.

De la misma deducimos que la publicación en el BOE de la resolución por la que se impuso al recurrente una multa por la comisión de una infracción muy grave de la Ley 3/2015 y que dispone, en su artículo 26.1 su publicación una vez fuera firme en vía administrativa, no vulnera las garantías de los artículos 24.2 y 25 de la CE que debe respetar la Administración cuando ejerce la potestad sancionadora. La publicación de la sanción en el BOE, conforme dispone el artículo 26.1, no constituye una sanción *per se*, sino que se trata de una consecuencia accesoria a la imposición de las sanciones muy graves prevista por la propia ley, cuya finalidad primordial es advertir a terceros de una actuación que puede afectar al buen funcionamiento del mercado financiero –en particular el abuso del mercado y el uso de información privilegiada–, y garantizar la transparencia y eficacia en la labor de supervisión que lleva a cabo la CNMC; no la de infligir al infractor un perjuicio. Por consiguiente, a la resolución por la que se dispone simplemente la publicación dispuesta por el artículo 26.1 no le son directa y autónomamente aplicables las garantías de los artículos 24.2 y 25 de la CE que debe respetar la Administración cuando ejerce la potestad sancionadora.

En segundo lugar, tal publicación no ha vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos personales. La comunicación a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de la resolución sancionadora emitida por la CNMC para su publicación y la publicación misma de esa resolución en el diario oficial constituyen supuestos de tratamiento de datos personales necesarios para el cumplimiento de una obligación legal, aplicable tanto a la CNMC como a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, por lo que no requieren el consentimiento del interesado. Existe, pues, una base jurídica que legitima el tratamiento de datos, tanto de la comunicación de la resolución sancionadora al organismo editor del BOE como de su ulterior publicación en este diario oficial. Una publicación que, por lo demás, no infringe, en principio, por sí mismo, los principios de proporcionalidad y temporalidad que rigen en materia de protección de datos de carácter personal. La CNMC actuó en ejercicio de las funciones, respondiendo a la finalidad legítima de garantizar la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, que está vinculada a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y con el deber de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio. No puede apreciarse que la medida dispuesta por el legislador en el artículo 26.1 de la Ley 3/2015 y su aplicación por la CNMC sea desproporcionada para la consecución de dicha finalidad. Tampoco se aprecia que se haya vulnerado el principio de temporalidad en el tratamiento de los datos personales que figuran en la resolución sancionadora finalmente publicada en el BOE, en tanto en cuanto su titular podrá ejercer en su momento el derecho de supresión y olvido.

El problema en este caso es que la sanción debería ser firme y no lo era, pues la sanción se impuso el día 1 de abril de 2022 y notificó en dicha fecha, y se publicó en el BOE el día 15 de abril. Contra la misma cabía, potestativamente, recurso de reposición en un mes desde la notificación (arts. 124 y 125), y luego, o directamente, recurso contencioso-administrativo, en dos meses (art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa –LJCA–), ante la Sala 3.^a o de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 12 LJCA).

De manera que, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del causante, procede, de inmediato, la retirada del BOE de esa publicación y la consiguiente responsabilidad patrimonial de la Administración, por un funcionamiento anormal de los servicios públicos, si acredita los requisitos de los artículos 32 y siguientes de la LRJSP.

3. ¿Cómo habrá de resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional contra la Corrupción?

Hemos de partir de la viabilidad jurídica de que las asociaciones tienen legitimación para interponer un contencioso-administrativo en defensa de los derechos e intereses de la colectividad a la que representa.

En este sentido, hemos de acudir al artículo 19 de la LJCA, que señala al respecto:

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.

Se infiere del meritado precepto, por tanto, la necesaria concurrencia de un derecho o interés legítimo, que se constará, *a priori*, analizando los estatutos de la entidad y el acto administrativo objeto de impugnación.

Pero podemos plantearnos estas cuestiones:

1. ¿En qué consiste el derecho o interés legítimo?

Nos ilustran al respecto las SSTC 252/2000, de 30 de octubre (NFJ010099), 173/2004, de 18 de octubre (NSJ015874) y 73/2006, de 13 de marzo (NSJ020072); con relación a un sindicato, al señalar:

Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar esta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida.

Sin embargo, no es suficiente con acreditar la concurrencia de un derecho o interés legítimo, sino que, además, el recurrente tiene que probar la afección personal a los intereses del recurrente.

2. Necesidad de afección a intereses concretos

Será importante justificar que no se actúa en defensa de la legalidad en abstracto, sino en defensa de los intereses concretos de los asociados.

En este sentido, nos ilustra la STSJ de Madrid, Sección 8.^a, de 29 de junio de 2018, en el procedimiento ordinario 569/2017 C- 01, que expone:

Será preciso que demuestre que el acto que se impugna le afecta a su esfera jurídica de intereses de un modo efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial y futuro, sin que dicho interés legítimo ampare el puro interés por la legalidad, ni comprenda un interés frente a agravios potenciales o futuros.

Pues bien, las asociaciones y los sindicatos legalmente constituidos tienen legitimación activa para defender en juicio sus propios intereses, y los de sus asociados, frente a actos y resoluciones administrativas que pudieran perjudicar sus legítimos intereses y derechos. Pero es necesario, en todo caso, que haya un mínimo de relación entre el contenido del acto o norma impugnado y la situación jurídica de aquellos, relación en cuya virtud sean al menos previsibles consecuencias desfavorables para quienes intentan recurrir.

En el mismo sentido y dirección, STS, de la Sala 3.^a, de 28 de enero de 2009 (rec. núm. 188/2007), en torno a la legitimación de los sindicatos para accionar en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, doctrina que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, según sentencias adjuntas, hacen extensible cuando quien recurre es una asociación de funcionarios o trabajadores:

Para considerar procesalmente legitimado a un Sindicato, o Asociación, no basta con que este acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de la denominada «función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores», sino que debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho Sindicato o Asociación y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2003 cuando afirma que « los recurrentes evidencian que no les mueve un interés que afecte a la esfera individual de sus propios intereses, que en definitiva no resultaron lesionados con el iter procedimental seguido, sino que les mueve una suerte de interés por la legalidad que, como dice sensatamente la Sentencia recurrida, se traduce en el presente caso en el ejercicio de una acción popular inexistente en nuestro ordenamiento».

Asimismo, STSJ de Madrid, Sección 7.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 2018 (apelación 867/2017), que reitera la extensión de la legitimación de los sindicatos a las asociaciones:

Pues bien, a diferencia de lo que sostiene la Abogacía del Estado, consideramos que la Asociación hoy recurrente sí ostenta, o dispone si se prefiere, de legitimación para recurrir en el presente proceso, habida consideración de lo que en el mismo se cuestiona y pretende, pues como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2006, en un supuesto de una convocatoria para la provisión de una plaza por libre designación, existe conexión entre los fines y la actividad del Sindicato, Asociación en el caso que nos ocupa, (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores asociados) y el objeto del pleito, centrado en actividades relacionadas con la organización administrativa, añadiendo que el hecho de que un acto sea manifestación de la potestad organizativa de la Administración poco o nada explica sobre la existencia o inexistencia de legitimación procesal, porque poco o nada dice de la titularidad de intereses legítimos del sindicato (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 6º [NCJ051751]) en cada caso.

3. Conclusiones

- A) En primer lugar, es preciso analizar los estatutos de la entidad y analizar el vínculo o relación con el acto administrativo que se pretende impugnar.

- B) Debe hacerse expresa mención en la definición de ese interés legítimo a que el acto recurrido ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de la asociación y sus asociados. No queda amparado el puro interés por la legalidad.
- C) Además, debe recordarse que las causas de inadmisión, en cuanto vienen a excluir el contenido normal del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, han de interpretarse en sentido restrictivo, porque en este caso el principio antiformalista y el principio *pro actione* inspiran la apreciación del cumplimiento de los requisitos legales expresados para propiciar un juicio de fondo que alcance lo más plenamente posible la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de la Constitución.
- D) En definitiva, para que no se trate de una mera acción ejercitada en defensa de la legalidad, para la que no se reconocería legitimación al recurrente, habrá de justificarse bien la existencia de un interés legítimo concretado en que la estimación del recurso le reportaría algún beneficio o ventaja (o perjuicio evidente), en relación con su finalidad estatutaria, en su dimensión no general y abstracta, sino en referencia concreta al núcleo básico de sus intereses como tal asociación o en relación con sus propios asociados en cuanto miembros de dicha asociación.

A la vista de todo ello, en el caso que analizamos no queda acreditada la legitimación de dicha asociación para recurrir una resolución que ha sido sancionadora y que se ajusta a la legalidad, como hemos tenido la ocasión de comprobar. El fin de la asociación es la lucha contra la corrupción del personal al servicio de la Administración. Pues bien, esa finalidad y el interés de aquella ya ha sido satisfecho con la resolución sancionadora ajusta a derecho (otra cosa es que no hubiera sido así porque finalizara sin sanción o con una inferior contraria al ordenamiento jurídico). Por tanto, podemos afirmar que su «interés legítimo» ya ha sido satisfecho.

Por lo tanto, a mi modo de ver, el recurso se debe resolver no admitiéndose por parte del Tribunal Supremo, por falta de legitimación de la recurrente. Lo puede hacer, según el artículo 51.1 b), por auto («El Juzgado o Sala, tras el examen del expediente administrativo, declarará no haber lugar a la admisión del recurso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto: [...] b) La falta de legitimación del recurrente») o en la sentencia que dicte, al amparo de la causa del artículo 69 b) (persona no legitimada).

4. Informe, de forma argumentada, de todo lo concerniente a la solicitud, en concepto de responsabilidad patrimonial y la no admisión de la Administración por extemporánea

Competencia para resolver

El artículo 92 de la LPAC señala que «en el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro res-

pectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una ley así lo disponga». Ahora bien, lo que debe de hacer el Consejo de Ministros es remitir el escrito al ministro competente por razón de la materia, que parece el ministro de Hacienda y Función Pública.

De cualquier forma, el Consejo de Ministros debe remitir el escrito de recurso al ministro competente en virtud de, entre otros, el artículo 116 a) de la LPAC, relativo a los recursos administrativos, que señala que si es incompetente el órgano administrativo, cuando el competente perteneciera a otra Administración pública, el recurso deberá remitirse al órgano competente.

Legitimación

La tiene, al amparo del artículo 4.1 a) de la LPAC, al promover el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales.

Plazo

Conforme al artículo 67 de la LPAC, referido al procedimiento de responsabilidad patrimonial, el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización.

Respecto al inicio del cómputo ha de estarse a la fecha en que se produjo el hecho que fundamenta la solicitud de responsabilidad, en este caso no es la del día 1 de abril del 2022, que fue la fecha de la sentencia, sino que fue la del 15 de abril de 2022 en que, de forma indebida, porque la resolución sancionadora no era firme, se publica la sanción en el BOE, y es cuando, hipotéticamente, se produjo el daño que reclama D.^a Mercedes. De manera que la acción prescribía el día 15 de abril de 2023, por lo que la reclamación presentada el día 15 de abril del 2023 estaba en plazo, siendo el último día, salvo que fuera inhábil, en cuyo caso pasaría al primer día hábil siguiente.

Requisitos para la existencia de responsabilidad patrimonial

Entiendo que son dos las opciones en virtud de las cuales podría exigirse a la Administración una indemnización, en concepto de responsabilidad patrimonial, dado que es evidente el «funcionamiento anormal de los servicios públicos» consistente en publicar en el BOE la sanción impuesta sin esperar a que la resolución sancionadora fuera firme. Son:

A) *Por presunto daño moral*

El concepto de daño moral hace referencia al menoscabo de los bienes y derechos de la personalidad, al mismo tiempo que afecta a la esfera psicofísica. Es decir, encuentra su fundamento en los sentimientos, sufrimiento, angustia o reputación de la persona.

La sentencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, de 23 de octubre de 2015, ponente José Antonio Seijas Quintana, haciendo mención a otras sentencias de la Sala de 27 de julio 2006, 23 de octubre y 28 de febrero de 2008, 12 de mayo 2009 y 30 de abril 2010, considera que deben ser calificados como daños morales cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, « aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no solo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica».

Vemos, por tanto, como el acento se pone en la naturaleza extrapatrimonial del daño, en el hecho de tratarse de una cuestión intangible, no susceptible de materializar, siendo este hecho de donde radica la dificultad probatoria de la propia existencia del daño, y asimismo y a continuación de lo primero de su cuantificación.

La Audiencia Provincial de Barcelona nos ofrece, en su sentencia de 8 de febrero de 2006, del concepto de daño moral: «Es el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica [...]. La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico». En la misma línea, señala la doctrina que podemos considerar incluido en esta categoría «todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados».

Es evidente que los daños morales revisten una intrínseca dificultad probatoria. A diferencia de los daños materiales, que acostumbran a ser evidentes para el ojo humano común y medibles por el ojo humano experto (el del perito correspondiente), los daños morales no se pueden ver ni tocar, generándose además la paradoja de que, cuando se hacen evidentes, es porque pasan a ser materiales. Un ejemplo: si esa zozobra a la que nos referíamos anteriormente deviene tan intensa que se convierte en una afección psíquica, de modo que un perito médico pueda dictaminar su existencia y explicar sus consecuencias, lo que había nacido como un daño moral (una inquietud, una incomodidad, un sufrimiento) se ha convertido finalmente en un daño material (una enfermedad, una secuela, un impedimento). Por lo tanto, los daños morales podrán ser más fácilmente probados cuando se conviertan en materiales, lo cual no nos resuelve el problema inicial sobre su dificultad probatoria.

Y si resulta difícil probar su existencia, resulta mucho más difícil todavía cuantificar la indemnización que, en su caso, le corresponde percibir a la víctima. En sede de daños materiales, existen pocas dudas al respecto: el importe a indemnizar por la rotura de un cristal, por ejemplo, es el que corresponda a su sustitución, según la factura correspondiente. Algo plenamente medible y fácilmente acreditable, algo generalmente objetivo. En el caso de los daños morales, sin embargo, es mucho más difícil –por no decir casi imposible– cuantificar qué valor tiene haber ocasionado un perjuicio en los sentimientos o en los afectos de una persona.

Fuera del ámbito de los accidentes de circulación, no existen reglas ni baremos a la hora de cuantificar el daño moral, lo cual tiene su parte negativa (la falta de seguridad jurídica) y

su parte positiva (la mayor capacidad de analizar cada caso concreto según sus propias circunstancias). Con todo, es evidente lo difícil que resulta convertir en números un concepto al que la doctrina llama el «precio del dolor». Tan difícil que, seguramente, deviene imposible. Sobre todo, porque no existe posibilidad de reparación pura. A diferencia del cristal al que antes nos referíamos, que se ve sustituido por otro de idénticas características, el dolor sufrido no puede eliminarse. Puede cesar la fuente que lo provoca, puede desaparecer de cara al futuro, pero lo sufrido, sufrido está. De ahí que deba ser indemnizado en forma de compensación aquello que no puede ser reparado *in natura*.

En todo caso, es importante que el daño moral –cuando exista y revista trascendencia– no quede apartado del proceso por su dificultad probatoria y, especialmente, por las dudas sobre su cuantificación. La dificultad probatoria, como ya hemos advertido, es una barrera a menudo insalvable y que el litigante prudente no querrá traspasar, para evitar así una posible condena en costas. Sin embargo, las dificultades para determinar el *quantum* indemnizatorio son mucho más salvables. Solo requieren un esfuerzo discursivo generativo por parte del actor que sea, en su momento, debidamente complementado por un esfuerzo valorativo interpretativo por parte del juzgador. Y todo ello para permitir que, como destaca Gómez Pomar, se lance un determinado mensaje a la sociedad: «La indemnización esperada deberá así coincidir con el daño socialmente esperado para que el mensaje –las señales– que el sistema jurídico envía a los agentes sociales les incentive a adoptar las precauciones socialmente óptimas». Por tanto, hay que vencer las reticencias y las dudas a base de esfuerzo y razonamiento, de modo que una parte de los daños sufridos –tan real en el fondo como los materiales– no quede huérfana de la debida reparación.

Dicho lo cual, estos son algunos de los elementos que se tienen en cuenta para la valoración del daño moral:

- El nivel económico previo de la persona que sufre el daño moral.
- La valoración del bien jurídico perjudicado y origen del daño moral.
- El restablecimiento de la actividad normal y convivencia de la víctima del daño moral, en términos cronológicos, y
- La capacidad intrínseca de cada persona para superar el perjuicio acaecido.

En el presente caso, habría que examinar de forma detallada la incidencia, si es que existe, del anormal funcionamiento de la Administración en esos bienes jurídicamente protegidos por el daño moral, toda vez que no hay duda de que, en principio, al menos, un descrédito o desprestigio en la persona de D.^a Mercedes se ha podido producir sin perjuicio de otras consecuencias negativas, que habrán de acreditarse debidamente, especialmente a través de informes de especialistas (psicólogo, psiquiatra, etc.).

Y del *quantum* de la afección dependerá la cuantía de la indemnización.

B) Lucro cesante. Expectativas de trabajo

A la hora de plantear un procedimiento de responsabilidad patrimonial, hemos de cerciorarnos de que el daño o perjuicio que se invoca trae causa en un derecho adquirido, perfeccionado, patrimonializado, y no en una mera expectativa, habida cuenta que estas últimas no resultan ser indemnizables por medio del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Como botón de muestra de dicha realidad, y a efectos meramente ilustrativos, traigo seguidamente una pequeña muestra de varias resoluciones del Alto Tribunal:

STS, Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, de 1 de julio de 2013, rec. núm. 548/2012, en cuyo FD 4.^o, *in fine*, se indica:

Así, pues, no hay duda de que el Sr. XXX vio frustradas sus expectativas por la combinación de la actuación del Consejo General del Poder Judicial y de la ulterior modificación legislativa y, en este sentido, el acuerdo recurrido reconoce que ha padecido el perjuicio consiguiente. Ahora bien, la frustración de expectativas no es reconducible al daño indemnizable al que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia que lo ha interpretado (Sentencias de 31 de mayo de 2011 [casación 944/2007] y 5 de noviembre de 2010 [casación 1767/2006] y las que en ellas se citan). El resarcimiento previsto en ese texto legal y en las normas reglamentarias que lo desarrollan requiere daño efectivo, concepto distinto al de la expectativa, que es susceptible de producirse o no y, por esa razón, inhábil a los fines pretendidos por el Sr. XXX.

Asimismo, en la misma dirección a la expuesta, STS, Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, de 14 de noviembre de 2002, rec. núm. 182/1999:

TERCERO. Decíamos también en aquellas sentencias que las sentencias del Tribunal Constitucional números 108/1986, de 29 jun.; 99/1987, de 11 de junio, y 70/1988, de 19 abril, que examinaron la constitucionalidad de los preceptos de las leyes que anticipaban la edad de jubilación de jueces y magistrados, funcionarios públicos y profesores de E.G.B., después de negar que los mismos vulneren los artículos 9, 33-3 y 35 de la Constitución, afirmando que no hay privación de derechos, sino alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible, dice a continuación que «esto no impide añadir que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación», siendo de señalar a este respecto que, de una parte, el modo verbal empleado no supone el reconocimiento de un derecho a ser indemnizados por dicho motivo, como alega el recurrente, ya que más bien parece una reflexión dirigida al propio legislador; de otra, que las Leyes de Presupuestos para los años 1985 y 1989 ya establecieron un sistema de indemnización para los funcionarios jubilados anticipadamente.

A mayor abundancia jurisprudencial, STS, Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a, de 22 de febrero de 2006, rec. núm. 1761/2002, FD 3.^a, párrafo tercero:

Como ha reconocido hasta la saciedad la jurisprudencia de esta Sala, la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas.

En el caso que analizamos no parece que exista lucro cesante, porque se basa en expectativas; los hechos señalan que «según creía le iba a contratar la empresa» y que «según creía el conocimiento de la sanción impuesta le hizo desistir». Por tanto, no hay determinación ni fijeza alguna en el presunto perjuicio económico por la falta de contratación. Otra cosa hubiera sido, en primer lugar, la prueba cierta de que la empresa le iba a contratar y, en segundo lugar, que desistió de contratarla por la sanción impuesta. Sus argumentos se basan en presunciones, creencias y expectativas que no han quedado acreditadas y que, por lo tanto, no son indemnizables en el concepto que analizamos.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 24 y 25.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 12, 19 y 46.
- Ley 3/2015 (reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado), arts. 7, 11, 12, 15, 19, 25.1, 26 y 28.1.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4.1, 21.1, 25, 53.2, 55, 67, 77, 92 y 116.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 25, 27 y 32.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, art. 6.2.
- SSTS, Sala 3.^a, de 14 de noviembre de 2002, de 22 de febrero de 2006, de 3 de junio de 2008, de 28 de enero de 2009, de 1 de julio de 2013 y de 23 de octubre de 2015.
- SSTC 73/2006, de 13 de marzo; 173/2004, de 18 de octubre; 252/2000, de 30 de octubre, y 23/2022.
- STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 2018.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

**¡MATRÍCULA
ABIERTA!**

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



Tu currículum no dice que

CUANDO QUIERES ALGO NO HAY QUIEN TE PARE

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

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



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

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

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

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

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

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • 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 DOCTORADOS

(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 • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA