

ANNALES

de la Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

29

2012



Anales de la Facultad de
DERECHO

Anales de la Facultad de
DERECHO

Universidad de La Laguna

DIRECTORA

María Victoria Sansón Rodríguez

SUBDIRECTOR

Francisco L. Hernández González

SECRETARIO DE LA REVISTA

Juan Antonio García García

CONSEJO DE REDACCIÓN

María Asunción Asín Cabrera (ULL), Marcel Bonnet Escuela (ULL),
Etelvina de las Casas León (ULL), Ulises Hernández Plasencia (ULL),
Álvaro Martín Cabrera (ULL), Sonsoles Mazorra Manrique de Lara (ULL),
Margarita I. Ramos Quintana (ULL), María Elena Sánchez Jordán (ULL).

CONSEJO ASESOR

Andrea Bonomi (Université de Lausanne, Suiza), Francisco Clavijo Hernández (Universidad de La Laguna), José Manuel Díaz Lema (Universidad de Valladolid), Martín Diego Farrell (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Antonio Fernández de Buján (Universidad Autónoma de Madrid), José Luis Goñi Sein (Universidad Pública de Navarra), Tomás López-Fragoso Álvarez (Universidad de La Laguna), Cesare Maioli (Università di Bologna, Italia), María Elvira Méndez Pinedo (University of Iceland, Islandia), Manuel Carlos Palomeque López (Universidad de Salamanca), María Ángeles Parra Lucán (Universidad de Zaragoza), Johann-Christian Pielow (Ruhr-Universität Bochum, Alemania), Carlos M.^a Romeo Casabona (Universidad del País Vasco), María del Carmen Sevilla González (Universidad de La Laguna), Esteban Sola Reche (Universidad de La Laguna), Rolando Tamayo Salmorán (Universidad Nacional Autónoma de México), Francisco José Villar Rojas (Universidad de La Laguna) Stefan Vogenauer (University of Oxford, Reino Unido).

EDITA

Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna
Campus Central. 38200 La Laguna. Santa Cruz de Tenerife
Tel.: 34 922 31 91 98

DISEÑO EDITORIAL

Jaime H. Vera
Javier Torres/Luis C. Espinosa

PREIMPRESIÓN

Servicio de Publicaciones

ISSN: 0075-773X

Depósito Legal: TF 734/81

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin permiso del editor.

Anales de la Facultad de
DERECHO

29

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA, 2012

ANALES de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. —La Laguna: Universidad,
Servicio de Publicaciones, 1991-

Anual

Es continuación de: Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.

ISSN 0075-773X

1. Derecho-Publicaciones periódicas I. Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.
34(05)

La correspondencia relativa a intercambios, debe dirigirse a:

Anales de la Facultad de Derecho

Servicio de Publicaciones

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Campus Central

38200 LA LAGUNA (TENERIFE, ESPAÑA)

SUMARIO/CONTENTS

ARTÍCULOS/ARTICLES

| | |
|--|-----|
| Ley y negociación colectiva en la regulación de la prevención de riesgos laborales/Law and collective bargaining in regulating the prevention of labour risks <i>Manuel Álvarez de la Rosa</i> | 9 |
| El derecho natural de la antigüedad clásica/The natural law of classical antiquity <i>Carlos de la Concha Bergillos</i> | 25 |
| Las particularidades del contrato del <i>TRADE</i> en la mediación de seguros privados/The particularities of the contract of the <i>TRADE</i> in private insurance mediation <i>Lucía Dans Álvarez de Sotomayor</i> | 33 |
| El delito de abuso de información privilegiada/The crime of abuse of privileged information <i>Judit García Sanz</i> | 55 |
| Populismo punitivo y tratamiento informativo en la justicia de menores/Punitive populism and informative treatment in juvenile justice <i>Isabel de Blas Mesón</i> | 73 |
| Reclamaciones en el ámbito del derecho del consumo/Claims in the scope of the right of consumption <i>María Ángeles Rodríguez</i> | 91 |
| La participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea ante los nuevos estatutos de autonomía/The participation of the autonomous communities in the European Union to the new statutes of autonomy <i>Antonio Brito Pérez</i> | 109 |
| La transposición del derecho de la Unión Europea por las comunidades autónomas/The transposition of the European Union Law by the Autonomous Communities <i>Alicia Espejo Campos</i> | 139 |



ARTÍCULOS

LEY Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES*

Manuel Álvarez de la Rosa

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

RESUMEN

La negociación colectiva en materia de riesgos laborales ha de encontrar su espacio normativo entre las normas mínimas, imperativas y muchas de carácter técnico, y la necesidad de la empresa (o sector en el que se negocia) de adaptarse a sus riesgos concretos, a su evaluación y prevención. Ahora bien, la participación es un derecho de los trabajadores en materia de riesgos laborales pero no puede desnaturalizarse hasta el extremo de hacer al trabajador (o a los trabajadores organizados) corresponsables del deber de prevención de riesgos.

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva, riesgos laborales, deber de prevención y participación de los trabajadores.

ABSTRACT

«Law and collective bargaining in regulating the prevention of labour risks». The collective bargaining agreements in the field of prevention of labour risks need to find their place between the imperative public norms (often technical norms), and the legal duty of the employers to protect, evaluate and prevent their employees from those risks. Notwithstanding, this collective participation of the employees in the adoption of measures against labour risks can not transfer this duty related to the labour risks from the employers to the employees.

KEY WORDS: Collective bargaining agreements, labour risks prevention, duty and participation in labour risks prevention.

I. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El trabajador al prestar sus servicios profesionales compromete su persona y su propia integridad física. El trabajo, el lugar de trabajo y la propia organización del empresario son o pueden ser fuentes inequívocas de males físicos o psíquicos que afecten a todos o a alguno de los trabajadores. Es un deber, como se verá, de los poderes públicos cuidar, con la prevención, de la seguridad y salud laborales; es también una obligación del empresario e, igualmente, un derecho del trabajador y,



en otra medida, una fuente que le genera obligaciones de inexcusable cumplimiento. En la lenta evolución, social y legislativa, de aceptar la prevención y reparación de los daños causados a los trabajadores por la propia actividad profesional, ha sido determinante la confluencia de la intervención de los poderes públicos con las reivindicaciones sostenidas de los sujetos sindicales. La presencia de los poderes públicos ha evolucionado desde la posición de articular normas que dispongan el aseguramiento de los riesgos o las precauciones y tipos de máquinas a emplear, hasta predominar una política preventiva de salud laboral dentro de un cuadro de valores, exigidos por la sociedad, de más seguridad, mayor calidad del ambiente en general y del de trabajo en concreto. La actividad sindical en esta materia no es, desde luego, de las primeras en surgir y solo lentamente va configurándose como derecho a recibir información o a ser consultados. Evoluciona, sin embargo, en cuanto comienza a formar parte del contenido de la negociación colectiva que, limitando los poderes del empresario, fija unas condiciones generales de trabajo en paulatina corrección y mejora.

La prevención de riesgos y la protección preventiva de la salud integral del trabajador son funciones inexcusables de los poderes públicos, construidas a partir del mandato constitucional, contenido en principios rectores (arts. 40.2 CE, *los poderes públicos han de velar por la seguridad e higiene al trabajo*; 43.1 CE, *derecho a la protección de la salud*; 45 CE, *derecho al medio ambiente adecuado*, especificado en el lugar de trabajo) presididos todos ellos por el *derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral* (art. 15 CE) que obligan tanto al legislador ordinario como al poder ejecutivo. Como función de los poderes públicos, la seguridad e higiene en el trabajo adopta en el derecho español las dos formas usuales: como deber exigible a los poderes públicos (arts. 5 y 7 LPRL) y como conductas fijadas en las normas y exigible a los empresarios y, en otra medida, a los propios trabajadores y hoy concretada en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, cuyo artículo 2 establece que tiene por objeto promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo. Es, por tanto, una función pública que exige precisas actuaciones de los poderes públicos: las normas sobre seguridad e higiene y salud en el trabajo constituyen legislación laboral y, de este modo, competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7, CE y disposición adicional tercera. 1, LPRL y STC 195/1996). Es también un conjunto de exigencias que se imponen normativamente al empresario desde el momento en que suscribe contrato de trabajo (arts. 4.2, d; 5. b LET y 14.1 LPRL).

De la propia función del Derecho del Trabajo como integrador del conflicto se deduce la necesaria intervención del Estado para marcar las pautas y reglas de comportamiento básicas en que han de desenvolverse las relaciones laborales. La

* Ponencia presentada al III Congreso Internacional sobre Prevención de Riesgos de Trabajo y Responsabilidad Social, organizado por la Subsecretaría de Trabajo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires los días 4 y 5 de octubre de 2012.

presencia del Estado en la regulación del conflicto que produce el trabajo asalariado es de tal intensidad que comienza por plasmarse, de forma reconocible y evidente, en el propio texto constitucional y luego se concreta en normas legales. En este panorama, el reconocimiento de la autonomía contractual privada queda fuertemente limitado por el sometimiento a la Constitución y a las prescripciones legales. Dentro de estas, aparecen, en esta materia, normas imperativas que exhiben la voluntad del legislador de no admitir otra regulación que la contenida en la ley aplicable. A tal tipo de normas suelen llamarse de derecho necesario absoluto pues no admiten el despliegue de la autonomía de la voluntad (ni individual ni colectiva): suponen una indisponibilidad que impide a los sujetos desvincularse de la norma. Carácter de esta naturaleza lo tienen las normas del Estado sobre prevención de riesgos laborales. Las normas de derecho necesario, ya en su categoría de absolutas como en la de mejorables por otra convencional, tienen en común su imperatividad y cuando se aprueban y publican inciden inexorablemente no solo sobre las legales anteriores (derogación por sucesión cronológica) sino sobre las normas convencionales («las normas dictadas por el Estado con el carácter de derecho necesario penetran, por imperio de la ley, en las normas paccionadas ya creadas», SSTS 9-3-1992, A. 1629 y 17-7-2000, A. 7411).

El derecho subjetivo del trabajador «a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene» (art. 4.2, d, LET), se concreta en el derecho del trabajador «a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene» (art. 19 LET) y en el correlativo deber del empresario de «protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales» (art. 14.1 LPRL). Es, pues, un derecho de naturaleza indisponible e irrenunciable y, como probaré, de carácter participativo. Son cuatro los planos en los que ha de estudiarse la salud laboral: la intervención pública; los deberes del empresario (y obligaciones del trabajador); la planificación empresarial de la prevención y la actividad sindical. En estos planos se entrecruzan las normas heterónomas y las convencionales.

II. LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Que los poderes públicos han de velar por la seguridad e higiene en el trabajo» [art. 40.2 CE], es uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado social y democrático de derecho (art. 53.3 CE), y cristaliza en el derecho de los trabajadores a la hora de prestar sus servicios, «a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene» [art. 4.2 d) LET], a una «protección eficaz» en materia de «seguridad e higiene» (art. 19.1 LET) o de «seguridad y salud en el trabajo» (art. 14.1 LPRL). También, por otra parte, en el derecho de los trabajadores autónomos, en el ejercicio de su actividad profesional, a «su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo» [art. 4.3 e) LETA]. La Constitución proclama, antes que nada, el derecho fundamental de todos «a la vida y a la integridad física y moral» (art. 15 CE), que proyecta naturalmente su eficacia a cualesquiera ámbitos de actuación del ser humano, la actividad laboral entre ellas.



El derecho a la vida (art. 15 CE: «*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral*») es un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador, y que debe presidir e informar toda su actuación, incluso el régimen legal de resarcimiento por los daños que a los mismos se le hubiese infringido (STC 5/2002). La integridad física ha de ser considerada como inviolabilidad de la persona contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu y también contra toda clase de intervención de esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular (SSTC 120/1990 y 215/1994).

El contenido del *derecho de los trabajadores* a una *protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo* se articula jurídicamente, por su parte, a partir del *correlativo deber* del empresario [también de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio] de protección de aquellos frente a los riesgos laborales (art. 14.1 LPRL). En su cumplimiento, el empresario deberá «garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo». Se trata, en consecuencia, de un deber general y completo («al deber general de prevención» se refiere el art. 15.1 LPRL). Se configura como una obligación de medios, no de resultado de carácter permanente y de adaptación variable y no compensable con las obligaciones impuestas a otros sujetos, al propio trabajador de modo señalado.

El deber de protección del empresario se expande desde qué medidas ha de adoptarse a cómo organizar la prevención y a quiénes hacer partícipe de la misma. La intervención normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo (hoy ya con un concepto más comprensivo y protector, el de seguridad y salud laborales) acompaña desde su nacimiento el Derecho del Trabajo y de esa evolución quedan vigentes un sinnúmero de disposiciones (además de los Convenios de la OIT ratificados por España) que encierran normas técnicas y medidas sanitarias sobre trabajos, máquinas o instalaciones específicas (ambiente de trabajo, ejecución de las obras públicas o privadas; trabajo con agentes cancerígenos; iluminación) que aparecen en disposiciones legales o reglamentarias dispersas y, frecuentemente, en las reglamentaciones u ordenanzas que han perdido o van perdiendo vigencia. Los poderes públicos apoyan su función en los principios rectores enunciados en los artículos 40.2, 43.1 y 45 CE (deber del Estado de velar y proteger el medio ambiente y la salud de todos los ciudadanos y de los trabajadores en razón de su propio trabajo). Los referidos principios rectores se plasman en, al menos, tres manifestaciones: un derecho del trabajador frente al empresario (arts. 4.2 y 19.1 LET y 14 LPRL); en un derecho a la protección y prevención frente a los riesgos laborales (arts. 30 y 31 LPRL) y en un derecho a la protección integral de la salud del trabajador (art. 21 Ley 14/1986, General de Sanidad). Se manifiesta el cumplimiento por los poderes públicos de la función descrita en un doble plano: la intervención normativa y la administrativa.

El bien jurídicamente protegido, el fundamento del derecho subjetivo atribuido a los trabajadores frente al empresario, es el derecho a la salud en la vertiente tanto de evitar los accidentes como aumentar, en el más alto grado posible, el bienestar físico y psíquico de los trabajadores.



III. EL PAPEL DE LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La protección de la salud y la seguridad de los trabajadores asalariados fue objetivo manifestado en los primeros actos políticos comunitarios; estuvo presente en la CEEA (1951, art. 45 del Tratado de París); en el EURATOM (1957, arts. 30 a 39 del Tratado EURATOM); en la CEE (1957, art. 235 del Tratado de Roma) y, con fuerza, a partir de la primera modificación profunda del Tratado de Roma en el Acta Única Europea de 1987 (art. 118. A, sobre salud, seguridad e higiene en el lugar de trabajo) en el que se estatuye mayoría cualificada, no unanimidad, para la aprobación de Directivas en esta materia y, como consecuencia, se aprobó, durante la presidencia española de 1989, la Directiva Marco de Seguridad 89/391, de 12 de junio de 1989, que fija pautas para proveer a la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores asalariados en sus lugares de trabajo.

La Directiva Marco fija un régimen jurídico común a cualquier ámbito de trabajo y ordena elaborar otra serie de directivas específicas relativas a lugares de trabajo (art. 16.1) y, así, se han dictado diecinueve directivas sobre protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos en: máquinas, aparatos, instrumentos o instalaciones utilizadas en el trabajo; equipos de protección individual; manipulación manual de cargas; equipos con pantallas de visualización; la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo; la exposición a agentes biológicos; atmósferas explosivas; frente a riesgos derivados de las radiaciones ionizantes; disposiciones mínimas de seguridad en obras de construcción temporal o móviles; en materia de señalización de seguridad; medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada; actividades extractivas por sondeos y minas a cielo abierto; seguridad en buques de pesca ; sobre agentes químicos durante el trabajo; sobre agentes físicos, vibraciones y ruido. Hay, al margen de las anteriores, directivas que se refieren concretamente a la específica situación de la salud laboral de los trabajadores con contrato de duración determinada o en empresas de trabajo temporal. La Unión Europea ha creado, como organismo encargado de fomentar las políticas de mejora del medio de trabajo para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, la Agencia Europea para la seguridad y la salud en el trabajo (Reglamento CE 2062/1994, de 18 de julio, DOCE del 20-8-1994; la sede de esta Agencia está en Bilbao, Decisión de 29-10-1993, sobre fijación de las sedes de determinados organismos y servicios de la Comunidad, DOCE 30-11-1993). Aún más, por acuerdo del Parlamento Europeo (20-11-2007) se ha adoptado una estrategia comunitaria que desde el año 2007 al 2012 tiene como objetivo mejorar la salud y la seguridad en el trabajo.



IV. EL CONTENIDO DE LA LEY 31/1995, DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Interesa ahora destacar el importante papel normativo de la LPRL que entró en vigor el 11 de febrero de 1996 (el sistema sancionador de infracciones, sanciones y responsabilidades en los arts. 11, 12, 13 y 42 LISOS). La LPRL se dicta para dar cumplimiento a los principios rectores señalados, para armonizar la legislación española con la de la Unión Europea, transponiendo la Directiva 89/391 CE, y para dotar al sistema de relaciones laborales de un texto único que ya ha sufrido importantes modificaciones por las Leyes 54/2003, de 12 de diciembre, y 25/2009, de 22 de diciembre, con el doble propósito de mejorar la integración de la prevención en la actividad empresarial, con especial cuidado de las dificultades de las pequeñas y medianas empresas, y el sistema de responsabilidades¹.

El objetivo de la LPRL es el de «promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo» (art. 2.1 LPRL). En cumplimiento de ese objetivo, la LPRL, configura un deber de protección del empresario que, en consecuencia, «deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (art. 14.2 LPRL).

A los objetivos descritos se asocia inescindiblemente un régimen sancionador y un sistema de responsabilidades, de tal forma que la intervención de los poderes públicos sería ineficaz sin la función controladora de la Inspección de Trabajo (la función inspectora incluye la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales, como de lo regulado en convenio colectivo). La Inspección puede proponer sanciones por incumplimientos (arts. 11, 12 y 13 LISOS) fundadas en las infracciones tipificadas en los artículos 46, 47 y 48 LPRL, y tiene la potestad exorbitante de paralización o suspensión inmediata de los trabajos que, incumpliendo normas de seguridad e higiene, impliquen grave riesgo para los trabajadores que los ejecutan (arts. 44 LPRL, 7.10 LISOS y 11 RD 928/1998)². Por otra parte, si concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones

¹ En el año 1997 se da un importante paso en el cumplimiento del desarrollo reglamentario de la LPRL (arts. 6 y 24 LPRL): RD 39/1997, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, ya modificado por los RRDD 780/1998, 604/2006, 298/2009 y 337/2010. La cantidad de normas reglamentarias, doce años después, es en verdad impresionante.

² La Ley 54/2003 regula el reforzamiento de la vigilancia y del control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, atribuyendo nuevos cometidos a los funcionarios públicos que ejerzan labores técnicas en materia de prevención de riesgo laborales. En especial, el deber de colaboración con la Inspección de Trabajo, de tal manera que cuando aquellos funcionarios detecten irregularidades en materia de prevención de riesgos laborales, puedan dar lugar a actas de infracción extendidas por la Inspección de Trabajo sin necesidad de que esta realice obligatoriamente una visita posterior de comprobación (el RD 689/2005, de 10 de junio, reglamenta la actuación de los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales). El artículo 40.2 LISOS ordena que se hagan públicas las sanciones administrativas firmes por infracciones muy graves en materia de



referidas a seguridad y salud en el trabajo, el Gobierno o, en su caso, los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas con competencia ejecutiva en la materia pueden acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía (la suspensión de la actividad o el cierre del establecimiento será por un plazo máximo de cinco años, arts. 31 y 36 Ley 2/1992, de 16 de julio, de Industria).

Serán responsables en materia de prevención de riesgos laborales, el empresario referido a sus trabajadores (incluido el empresario titular del centro de trabajo por su añadida obligación de coordinar la seguridad con otras empresas concurrentes en la actividad), los promotores y propietarios de obras (actividades de coordinación, art. 12.24 LPRL, redacción Ley 54/2003), y los empresarios de empresas de trabajo temporal si no acreditan que han informado de los riesgos a sus trabajadores en misión en la empresa usuaria.

Las responsabilidades empresariales así legalmente establecidas son solidarias y no pueden ser eludidas por pactos entre ellas, siendo nulos y sin efecto los que se produzcan (art. 42.3 LISOS, redacción Ley 54/2003).

El deber de prevención como obligación empresarial de origen contractual rompe con la vieja idea de que la responsabilidad del empleador termina en la obligación legal de relación con la Seguridad Social (afiliación y alta, art. 103.3 LGSS) y entra en una dimensión nueva que nada tiene ya que ver con la reparación formulada por la Seguridad Social. La inclusión del deber de prevención en lo contractual conduce a analizar la conducta del empresario. Pues bien, en este trabajo se tratará del carácter participativo de los trabajadores (y sus estructuras colectivas) en el conjunto normativo que construye el deber de prevención de riesgos laborales y que con tal carácter se integra en el contrato de trabajo. Queda al margen, de esta forma, toda referencia a la normativa de Seguridad Social. Me refiero a las materias concernientes a afiliación, alta y cotización en las que no hay participación de la negociación colectiva. Haré, sin embargo, referencia a las mejoras que la negociación colectiva puede introducir en las prestaciones de la Seguridad Social, incluso con elementos de aseguramiento de derecho privado por vía de la propia negociación.

V. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El derecho, en sus más amplias manifestaciones, a la seguridad y salud en el trabajo tiene un apoyo constitucional, se despliega en un amplio y complicado abanico de normas legales y reglamentarias con honda influencia en ellas de los Tratados de la OIT y de las directivas comunitarias, y, finalmente, tiene un carác-

prevención de riesgos (el procedimiento de la publicidad en RD 597/2007). Sobre las cuantías de las posibles sanciones pecuniarias, art. 48, 1, 2 y 3, LISOS (redacción de la Ley 38/2007).



ter marcadamente participativo. Las normas, y la colaboración de la negociación colectiva, configuran el derecho a la seguridad y salud laboral como una esfera en la que han de participar (colaborar) los propios trabajadores. Estos tienen derecho a intervenir, controlar y vigilar la actividad preventiva del empresario. Así, derecho de información acerca de los riesgos y su evaluación y de los protocolos de emergencia adoptados (art. 18.1 LPRL); derecho a ser consultados y permitirles la participación en todo lo que afecte a la seguridad e higiene (art. 18.2 LPRL), en especial en lo referido a la planificación y organización de la prevención (art. 33 LPRL). Desde la perspectiva de organización en los lugares de trabajo, se plasma en las funciones de una figura de representación unitaria (no sindical) de los trabajadores, los delegados de prevención (art. 36 LPRL). La negociación colectiva ofrece a la prevención de riesgos laborales la posibilidad de ordenarla de forma dinámica y cercana al lugar en que pueda producirse el daño.

La participación es, pues, un derecho de los trabajadores, pero no puede desnaturalizarse hasta el extremo de hacer al trabajador (o a los trabajadores organizados) corresponsables del deber de prevención de riesgos. Siempre y en todo caso, el empresario *realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa. Las obligaciones del trabajador «observar las medidas de seguridad e higiene»* deber laboral básico, art. 5, b, LET, o la atribución de funciones preventivas a trabajadores o a servicios de prevención, propios o ajenos, no eximen al empresario del cumplimiento de su deber de prevención (art. 14.2 y 4 LPRL)

En el plano colectivo, la seguridad y la salud laborales están construidas legalmente de forma participada (*«los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo»*, art. 34.1 LPRL). Quienes tienen la representación específica en materia de prevención de riesgos en el trabajo son los denominados delegados de prevención (arts. 35 y siguientes LPRL). De esta forma, en las empresas que cuentan con cincuenta o más trabajadores se constituirá el Comité de Seguridad y Salud como órgano paritario formado por los delegados de prevención, de una parte, y por el empresario (o su representante, art. 38.1 y 2 LPRL), de otra.

La construcción normativa y su desarrollo reglamentario oscila, a veces de forma brusca, entre la precisión de lo ordenado (se prohíbe una determinada materia, se fija un tiempo máximo de exposición, se estructura una organización preventiva con lujo de detalles) y el uso de conceptos jurídicos indeterminados, algunos de enorme imprecisión, que necesitan ser luego concretados en normas inferiores o, preferiblemente, en la actividad negociadora: la noción de riesgo, el alcance de la formación en materia preventiva, el contenido del plan de prevención. De esta estructura normativa se deduce el papel sobresaliente que puede tener la negociación colectiva que aporta en esta realidad dos caracteres que le son sustanciales: su carácter sectorial y su adaptación (incluso temporal) a la realidad de la empresa o del sector de referencia. Este papel de los convenios es el querido por la norma que exige su presencia con el carácter de suplementario (art. 11 LPRL), mejorando y desarrollando las normas mínimas e indisponibles (art. 2.2 LPRL). Sin embargo, es inútil, cuando no contraproducente, repetir en los convenios colectivos de forma



mimética los preceptos generales contenidos en las normas heterónomas. La negociación colectiva debe aportar derechos, controles, vigilancia y no ser una especie de panel publicitario de las normas heterónomas.

No ha de olvidarse, por otra parte, la resistencia empresarial a compartir aspectos de la prevención de riesgos a los que considera como elementos sustanciales de su poder de dirección de la empresa y a los que observa como posible alteración de los costes económicos de la producción de sus bienes y servicios y, a resultados de ello, como una pérdida de competitividad. Aun así, la negociación colectiva constituye la fórmula óptima para extender la cultura de la prevención a empresarios y trabajadores.

Los convenios colectivos son normas que regulan las relaciones laborales, pero subordinados a la Constitución (SSTC 177/1988 y 51/2003) y a las disposiciones legales y reglamentarias del Estado (arts. 3.1, 85.1 y 90.5 LET). El ámbito de libertad de contenido tiene, pues, el límite del respeto a la Constitución y a las leyes («dentro del respeto a las leyes», art. 85.1 LET; la primacía de la Ley sobre el convenio, STS 17-7-2000, A. 7411). Las reformas legales del Estatuto de los trabajadores no han alterado la inicial estructura de las relaciones entre Ley y convenio colectivo aunque sí ha supuesto, en especial a partir de la Ley 11/1994, un nuevo reparto de las materias objeto de regulación por uno u otro tipo de norma. Ha variado, pues, la relación funcional y, sin duda, no las bases institucionales o técnicas de dicha relación. Puede, con las anteriores observaciones, someterse a esquema la relación ley-convenio colectivo:

- a) *Relaciones de exclusión*, supuestos de ámbitos reservados, ya por la Constitución ya por la propia ley, a normas de este rango: reserva de ley y normas de derecho necesario absoluto; creación de zonas de disposiciones inderogables, inalterables e indisponibles. Hay, desde esta perspectiva, un espacio o territorio normativo al que no podrá acceder el convenio colectivo y, en especial, se refiere a la estructura de las obligaciones empresariales: prevención frente a reparación; evaluación y atenuación de los riesgos; adaptación a las exigencias técnicas no subordinadas a razones económicas.
- b) *Relaciones de complementariedad*, significan la existencia de un margen de colaboración internormativa que oscila, en razón a la presencia de la ley, desde la retirada de la regulación legal, dejando un espacio a rellenar por el convenio colectivo, hasta mantener alguna regulación que será completada por la norma convencional. Algunos aspectos de la prevención de riesgos relativos a la formación de los Delegados de prevención y a su crédito horario es buen ejemplo de esta colaboración Ley-comercio.
- c) *Relaciones de suplementariedad*: ámbito en el que la regulación legal marca un mínimo mejorable por convenio colectivo en favor del trabajador (derogación *in melius*). Ejemplos de esta clásica relación: artículos 34.1 LET (duración máxima de la jornada, mejorable por convenio colectivo); 38.1 LET (duración mínima de las vacaciones anuales); 35.1 LET (valor mínimo de la hora extraordinaria); art. 49.1, c, indemnización mínima, mejorable por convenio, en la extinción de los contratos temporales; normas sobre



acción sindical o representatividad en la medida en que convencionalmente son mejoradas (STSJ Andalucía 31-10-1997, A. de 1998, 4094) . En este caso, en materia de prevención de riesgos constituyen ejemplos claros de esta relación de suplementariedad las normas de carácter mínimo e indisponible, mejoradas y desarrolladas por convenio colectivo, y se referirán, esencialmente, a procedimientos para alcanzar la tutela óptima posible, en particular las técnicas instrumentales de formación, información, evaluación, vigilancia y control de prevención de riesgos. También pueden referirse a la organización colectiva que refuerce la presencia de los trabajadores con incremento de sus facultades en la planificación de la prevención de riesgos. Incluso la creación por el convenio de órganos específicos que asuman las competencias reconocidas legalmente a los Delegados de Prevención y que, en su actuación, alcancen al conjunto de centros de trabajo de la empresa (art. 35.4 LPRL).

d) *Relaciones de subsidiariedad*: ámbito de libre actuación del convenio, limitándose la norma legal a fijar, con carácter dispositivo, una regulación que se aplicará a falta de pacto colectivo. Ejemplos en los artículos 14.1 LET (duración del período de prueba); 15.1, b, LET (duración máxima del contrato eventual); 29.1 LET (redacción de un nuevo recibo de salario). En la regulación de la prevención de riesgos laborales es posible encontrar dos ejemplos: uno, en el establecimiento negociado de un sistema de designación de Delegados de Prevención, con el límite de garantizar «que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores» (art. 35.4 LPRL); otro, en la constitución de servicios de prevención mancomunados entre empresas que pertenezcan al mismo sector productivo, al mismo grupo empresarial o área geográfica limitada, siempre que esta mancomunidad garantice la operatividad y eficacia del servicio de prevención (art. 21.1 Reglamento de los Servicios de Prevención aprobado por RD 39/1997).

Se deduce del anterior esquema relacional que los convenios colectivos ocupan un lugar concreto en el ordenamiento; esto significa que, en primer lugar, deben respetar la Constitución, especialmente su cuadro de derechos fundamentales y que, además, se insertan en el sistema de fuentes, subordinados a las normas de mayor rango, en virtud del respeto al principio de jerarquía (con citas de otras anteriores, STC 92/1994); y, por último, que los convenios colectivos no son inmunes a la derogación y pueden ser alterados por una ley posterior (SSTC 210/1990 y 62/2001) y por un reglamento legalmente dictado. No existe en el plano constitucional ninguna reserva de contenido material en favor del convenio y con exclusión de la Ley.

A partir de este esquema general de relación Ley-convenio colectivo, es sencillo concluir que, en materia de prevención de riesgos laborales, la intervención normativa estará presidida por el fuerte papel de la Ley que no solo estructura el deber de prevención en su vertiente de necesaria incorporación al sistema productivo sino que construye, con abundantes y minuciosos reglamentos, el armazón técnico de la prevención, incluidos los protocolos de seguridad.



VI. CONTENIDO GENÉRICO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La negociación colectiva en materia de riesgos laborales ha de encontrar su espacio, su territorio normativo, entre las normas mínimas, imperativas y muchas de carácter técnico, y la necesidad de adaptarse a la empresa (o sector en el que se negocia) a sus riesgos concretos, a su evaluación y prevención, y a la organización de la prevención acorde con la estructura productiva de cada empresa. Son, por otra parte, dos caminos, normalmente transitados y poco menos recomendables: repetir los textos legales en la negociación colectiva y formular planteamientos «defensivos», mejorando las prestaciones (subsidios o pensiones) o estableciendo seguros por invalidez permanente o muerte.

Con alguna frecuencia se constatan compromisos en los convenios colectivos que, ciertamente, son cláusulas obligacionales (art. 86 LET) que obligan, en estricto sentido, a las partes firmantes del convenio y no se introducen, como el resto del convenio, de forma automática en los contratos de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio. Típicos ejemplos son aquellos pactos que encierran la consecución de objetivos tales como: «mejorar la calidad de vida y medio ambiente de trabajo»; «potenciar las técnicas preventivas»; «aumentar la participación sindical».

Relativas a la materia de organización de la prevención en la empresa, hay cuestiones en las que el papel de la negociación colectiva es determinante: el sistema de elección de los Delegados de Prevención (o el mantenimiento de normas más favorables para ejercer los derechos de información, art. 35.4 y D. Transitoria 1ª, LPRL); organizar los servicios de prevención en grupo de empresas (art. 21 RSP). Es este campo, probablemente, el que más extendido se encuentra en la negociación colectiva sobre prevención de riesgos.

En cualquier caso, la representación unitaria tiene derecho de información («conocer trimestralmente al menos, las estadísticas sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilizan», arts. 64.1.7 LET y 34.2 LPRL) y una facultad genérica de protesta y denuncia («vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa», art. 64.1.8, b, LET).

Los delegados de prevención referidos o los representantes legales de los trabajadores son titulares de dos especiales derechos de enorme transcendencia en la marcha del proceso productivo. Tienen un derecho de alerta que se pone en marcha cuando hay una probabilidad cierta y grave de accidentes por omisión o infracción de normas de seguridad e higiene (arts. 21.3 y 36.1 d y 2, g, LPRL, que derogan materialmente el art. 19.5 LET). Los representantes alertan del peligro, la autoridad advierte o incluso paraliza el trabajo o actividad.

Los órganos internos o, en su caso, los representantes legales tienen aún otro derecho de grado superior al anterior, el derecho de abandonar o retirarse de una concreta situación de trabajo siempre que exista motivo razonable para pensar que presenta peligro grave e inminente para la vida y la salud. Es también posible la suspensión de actividades, cierre de empresa e instalaciones e inmovilización de



productos por las autoridades sanitarias «en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud», (art. 26 Ley 14/1986, de 25 de abril, de Sanidad). Este derecho podrá ser adoptado por decisión mayoritaria de los delegados de prevención cuando no resulte posible reunir al órgano de representación del personal (art. 21.3 LPRL). El procedimiento establecido en el citado artículo 21 LPRL puede ser aclarado o adaptado al sector o empresa concreto pero, en lo esencial, es de insoslayable aplicación. Así, podrán pactarse la elaboración de planes de emergencia, las obligaciones de los mandos intermedios de paralizar el trabajo cuando no sea posible evitar el peligro; incluso, cuando el riesgo es probable pero no inminente, establecer un protocolo escrito de notificación a la empresa para que haga desaparecer el riesgo y, si no es atendida la petición, poner la situación en conocimiento de la autoridad laboral. De tales supuestos hay ejemplos en la negociación colectiva de los últimos diez años.

Cada trabajador, individualmente considerado, es, por su parte, titular del derecho a interrumpir la actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud (art. 21.2 LPRL).

La protección a trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (la mujer como madre, los menores, los que tengan determinadas características personales o biológicas, los discapacitados) aparecen en la negociación colectiva, en especial, en el pacto que regula la garantía del derecho a la movilidad funcional, con cambio de puesto de trabajo acorde a sus necesidades o al menor riesgo. También es frecuente cláusulas que exigen al empresario la necesaria evaluación del puesto de trabajo desde la perspectiva de la exposición en trabajo a riesgos que puedan influir negativamente a la salud y seguridad de la trabajadora, del feto o del trabajador.

Es también de frecuente aparición en la negociación colectiva la vigilancia de la salud y los reconocimientos médicos de los trabajadores (art. 22 LPRL, en relación con la obligación del empresario de garantizar la salud a través de la vigilancia médica periódica de sus trabajadores). Se acomoda el alcance de esa vigilancia a la realidad de los riesgos inherentes al trabajo (incluso el reconocimiento previo para evaluar la aptitud física del trabajador necesaria para desarrollar sus funciones laborales). Puede limitarse el derecho genérico del trabajador a someterse o no al reconocimiento, obligándole en supuestos que tengan que ver con la salud de los demás trabajadores o con la calidad y seguridad del proceso productivo y de su resultado (en relación, además, con el artículo 22.1 LPRL).

Hay, por otra parte, un conjunto de cláusulas que engloban prestaciones, unas autónomas y otras complementarias, del sistema protector de Seguridad Social. Se trata de aumentar la acción protectora como mecanismo reparador del daño sufrido por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Desde luego, estos pactos no tienen carácter «preventivo» pero sí mejoran la situación del trabajador que ha sufrido el siniestro. Son, en resumen, de variada naturaleza: planes de pensiones denominados de empleo, que se constituyen por convenio colectivo y que garantizan unas pensiones al margen (y compatibles) con el sistema de Seguridad Social; mejoras de las prestaciones (subsidios o pensiones) en situaciones de inca-



pacidad temporal o de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez; mejoras de las pensiones de viudedad u orfandad; pólizas de seguros de responsabilidad civil por el daño objetivo causado (muerte, invalidez permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez; si la empresa no cubre el seguro al que se ha obligado, será responsable del abono de los capitales establecidos en el convenio para las referidas contingencias).

Otra importante parcela de intervención de los trabajadores en materia de salud laboral está acotada por los convenios colectivos en los que se negocie el ejercicio de los derechos en materia de seguridad e higiene. Por su carácter sectorial es difícil reconducir a sistema el contenido de esa negociación que normalmente versa sobre acondicionamiento de locales y lugares de trabajo; condiciones de máquinas, útiles de trabajo; prevención frente a trabajos de riesgos especiales; medios personales de protección.

Es relevante hacer notar que las normas de la Ley 31/1995 tienen el carácter de normas de derecho necesario mínimo indisponible «pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos» (art. 2.3 LPRL). A ello se han comprometido los firmantes (CEOE, CEPYME, CC.OO y UGT) del ANC 2012-2014 (BOE 6-2-2012). Este último pacto, producto del diálogo social, es heredero del AINC (2007) cuyo capítulo VII, «Seguridad y Salud en el Trabajo» que, además de continuar con las recomendaciones de pactos anteriores, quiso hacer hincapié en los reconocimientos médicos, en la formación en materia preventiva y, en especial, tanto sobre la implantación de órganos específicos sectoriales destinados a la promoción y vigilancia de la prevención de riesgos como sobre la implicación de los trabajadores en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

VII. ANÁLISIS DE ALGUNOS CONVENIOS COLECTIVOS

El trabajo de campo de analizar un ingente número de convenios colectivos y sistematizar lo que contengan sobre prevención de riesgos laborales está ya sustancialmente realizado y consta en bibliografía de fácil acceso. El resultado no difiere de las líneas generales antes expuestas; aún más, los grandes temas señalados son los que se extraen de la masa de convenios analizados, unos con más presencia que otros, aunque no se haga constar la incidencia, mayor o menor, de cada cuestión en la negociación colectiva. He pretendido exclusivamente marcar las líneas posibles de tendencia y la colocación de cada cuestión en la siempre complicada relación ley-convenio colectivo. La cuestión en los últimos diez años no ha variado: a) la materia de prevención de riesgos en la negociación colectiva no refleja la continua preocupación que manifiestan los agentes sociales, en especial las dos grandes centrales sindicales (CCOO y UGT), y b) los convenios colectivos prestan una escasa y, con frecuencia, deficiente atención a la regulación de la prevención de riesgos laborales.

Concluyo, sin embargo, con una breve exposición del contenido de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales, pero intentando



cumplir con dos requisitos metodológicos: uno, que la muestra sea reciente y, otro, que se refiera a negociaciones de ámbito estatal de sectores esenciales en el sistema productivo. Así:

A) SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN (V CONVENIO COLECTIVO, BOE 15-3-2012)

Se pacta la creación de dos órganos de actuación en materia de prevención de riesgos de difícil explicación su doble existencia: uno, el denominado «*órgano paritario de la prevención en la construcción*» (arts. 118 a 134) de carácter paritario con funciones de información y seguimiento en materia de siniestralidad del sector y de formación específica preventiva; otro, también de naturaleza paritaria, denominado «*Comisión paritaria sectorial de Seguridad y Salud en el trabajo*» (art. 114, desarrollado luego en el artículo 135 a) como órgano esencialmente de estudio en materia de prevención de riesgos, sobre todo, en relación con la expedición de la denominada «Tarjeta Profesional de la Construcción» cuyo diseño normativo depende de la denominada «*Fundación Laboral de la Construcción*» (art. 116) y que en materia de prevención desarrolla sus ciclos formativos en los artículos 139 a 167, con un completo y exhaustivo programa desde luego alejado de lo que es un convenio colectivo y sin que quede explicado el porqué de su presencia.

B) SECTOR DEL METAL (ACUERDO ESTATAL QUE INCORPORA MATERIAS SOBRE FORMACIÓN Y PROMOCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD, BOE 20-3-2009)

Crea un órgano paritario para la prevención de riesgos laborales de ámbito estatal sobre seguimiento de la accidentalidad laboral y la organización y visita a las empresas, así como en materia de formación en seguridad y salud laboral y en la obtención de la Tarjeta profesional de la construcción para el sector del metal (arts. 28 a 59).

C) SECTOR DE HOSTELERÍA Y RESTAURACIÓN

El IV Acuerdo marco laboral estatal para el sector de Hostelería (2012-2014, BOE 29/9/2012), en su artículo 51, constituye y regula una comisión estatal sectorial de seguridad y salud en el trabajo en el sector de hostelería con funciones de estudio, formación, seguimiento de acuerdos y participaciones en el diseño de programas de prevención.

D) SECTOR DE LA ELABORACIÓN DE PRODUCTOS DEL MAR CON PROCESOS DE CONGELACIÓN Y REFRIGERACIÓN (BOE 30-3-2011).

Se declara «como objetivo básico y prioritario de los firmantes» (art. 19) la prevención de riesgos laborales; constituyen una comisión paritaria para la prevención de riesgos laborales con funciones limitadas a una futura adecuación de la actual normativa sobre prevención de riesgos a las peculiaridades del sector (*sic*, art. 20).



E) SECTOR DE LA RED NACIONAL DE FERROCARRILES (XV CONVENIO RENFE, BOE 22-3-2005)

Creación de específicos comité de Seguridad y Salud de ámbito provincial que, en función del número de trabajadores, estará formado por más o menos delegados de prevención (de 1 a 8, art. 578). En el I Convenio colectivo de «Renfe-Operadora» (BOE 24-4-2008) que se remite al XV Convenio Colectivo de Renfe (cláusula 24). Por su parte, el III Convenio colectivo estatal de servicios exteriores en empresas de servicios ferroviarios (BOE 13-4-2012), se obliga la empresa a «la evaluación de riesgos» a determinar las situaciones de «riesgos de los trabajadores embarazados o lactantes» (arts. 39 y 40); estructura su protocolo de prevención del acoso sexual, psicológico y por razón de sexo (art. 45); aumenta la póliza del seguro de vida por contingencias derivadas del accidente de trabajo (art. 47) y, finalmente, deriva el capítulo X (arts. 55 a 58) a la prevención de riesgos laborales que ciertamente no es más que la regulación de la elección y crédito horario de los delegados de prevención y, sobre esto, crean un «comité del medio ambiente» (arts. 57 y 58).

Recibido: 14-01-2013. Aceptado: 05-02-2013.



EL DERECHO NATURAL DE LA ANTIGÜEDAD CLÁSICA

Carlos de la Concha Bergillos

Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

RESUMEN

La justicia como valor individual muchas veces es preterido en aras de un ideal de justicia que ha sido objetivado por la sociedad en las normas jurídicas, lo que en definitiva supone que sea el Derecho el que prevalezca en la mayoría de las ocasiones sobre la justicia.

PALABRAS CLAVE: Justicia, derecho, normas jurídicas.

ABSTRACT

«The natural law of classical antiquity». Justice as an individual sistem of values is often displaced by an objective and social idea of justice undercovered as legal norms; plainly, in most circumstamces, justice is just demoted by law.

KEY WORDS: Justice, law, individual and social idea of justice.

¿Lo justo es justo porque los dioses lo mandan, o los dioses lo mandan por ser justo? *Platón*.

Es más que probable que si alguien lee este trabajo se pregunte por qué un profesor de Derecho Administrativo escribe sobre un tema propio del Derecho Natural o de la Filosofía del Derecho.

Las respuestas que puedo dar a esa pregunta son varias, todas ellas de igual valor, por lo que el lector podrá elegir la que más le satisfaga, invitándole al juego de averiguar cuál es la más sincera, siendo todas verdaderas.

Primera: Estoy a dos años de mi jubilación (porque el «sistema» piensa —esto, evidentemente, es una hipálage, un eufemismo y, hoy por hoy, casi una paradoja— que a los 65 años uno debe dejar de enseñar dejando paso a otros profesores más jóvenes que tengan más ímpetu) y me apetece dejar escrito en lo que podría ser la última o una de las últimas obras jurídicas que se me permita escribir, algo que pueda demostrar que uno sabe, a los 65 años, cosas que si no las escribiera se perderían con la jubilación.

Segunda: Como un homenaje a mí mismo (al estilo de Whitman) para enorgullecerme y vanagloriarme de haber aprendido cosas que hoy muchos —demasia-



dos— ignoran y cuyo conocimiento tal vez nadie les demande, pero que contribuye, sin duda, a la formación universal de un profesor de Derecho de los de antes.

Además, en este orden de cosas, para hacer saber que antes de ganar el concurso de profesor de Derecho Administrativo, gané el de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, y por la gracia de la Ley de incompatibilidades no me fue posible desempeñar. Demostración palpable de que la ley es mostrenca y sólo atiende a aspectos que nada tienen que ver con el conocimiento ni con la vocación ni con el genuino interés general.

Tercera: Como expresión de un recuerdo afectuosísimo de las clases que recibí del Profesor González Vicén, en Derecho Natural de primero, que dejaron en mí —no en los demás, por cierto— honda huella, por los conocimientos que transmitía. Fue la asignatura que más disfruté en aquel lejano curso de 1967.

Cuarta: Por el principio de Peter, para verificar que he llegado al punto máximo de mi incompetencia en la materia objeto de estudio del Derecho Administrativo hasta estar saciado de ella produciendo en mí un sentimiento de amor/ odio por colmatación, debida a que el Derecho administrativo más protege al poder que al individuo, lo que choca frontalmente con mi cada vez más acentuado individualismo, hasta que me ha convertido en hipercrítico con el sistema. Por eso, escribir sobre el Derecho natural me sirve de válvula de escape hacia un mundo de irrealidad que al menos durante la escritura me evade de la realidad en que vivo.

Quinta: Para recordar a quien lo quiera ver que el valor supremo de todo sistema jurídico ha de ser la Justicia, nombre que hoy suena a hueco, porque en verdad no está en el corazón de los hombres, si es que alguna vez lo estuvo. Aseguro bajo juramento por Apolo que en mi alma siempre lo ha estado y que he tratado de inculcarla a mis alumnos y a mis hijos.

Sexta y última (creo): Porque de la lectura inteligente de este trabajito puede el lector avezado deducir que no hay nada nuevo bajo el sol.

Y ya, sin más explicaciones, me pongo a escribir el trabajo.

ORÍGENES REMOTOS EN LA PROTOHISTORIA DEL HOMBRE

El conocido como Derecho Natural (en contraposición científica y conceptual con el Derecho positivo de los poderes públicos) es producto del pensamiento sensible y humanístico donde lo haya de la Grecia antigua.

Con anterioridad, los pueblos de las civilizaciones arcaicas previas a la griega clásica no discernían la validez formal de las normas de la justicia material, ni se planteaban el problema de si la ley era justa o no según la recta razón humana substancial al espíritu y al pensamiento del hombre, de tal suerte que les bastaba con atribuir a la ley (trasunto del poder político) orígenes ignotos, las más de las veces ligados a lo sagrado o a lo esotérico, siempre inmemoriales y perdidos en la noche de los tiempos, para acatar las normas sin más valoración sobre su justicia, confundiendo el orden jurídico con el orden moral, de igual forma que el poder debía proceder de la divinidad más inaccesible.



Así se descubre en los textos más antiguos de la humanidad, como el código de las leyes de Hammurabí, grabadas sobre una piedra que representa al rey recibíendolas del dios del sol, Marduk, hijo de Ea, dios del derecho, del cual hereda el poder y la justicia.

Los antiguos egipcios, igualmente, consideraban la justicia como un orden establecido por los dioses: la diosa Maat, más concretamente, que significa ley, orden que rige el universo. Así lo dice el Libro de los muertos.

El más grande libro del celeste imperio (el Chu-King, libro de los recuerdos) dice que el rey, el príncipe y el gobernador deben ajustarse a los principios de la razón, que son voluntad del cielo.

Esto ocurría también en la civilización griega de los tiempos anteriores al siglo v a.C., en la que en la mentalidad de los hombres estaba arraigada la creencia de que los dioses regían el destino humano; de que, así, el derecho era producto de los mismos dioses, una ley divina (themis). Para los griegos Themis era una de las diosas del Olimpo que representaba la justicia, por lo que los jueces griegos eran conocidos como «themistopoi» (servidores de Themis, pues en su nombre se administraba justicia). El transgresor de la ley era castigado en nombre de otra diosa: Némesis (venganza). Todo el derecho tenía origen sagrado, pues del todo divino (lógos) procedía todo lo humano, incluyendo, claro, las leyes (nómoi).

Esta concepción arcaica del uno divino del que todo procede se recoge de distintas maneras: Heráclito lo denomina cosmos; Hesíodo diké y Píndaro lo aplica al derecho llamando a las leyes nómoi basiléis (leyes de los reyes), combinando lo humano con lo divino.

Sea cual fuere la denominación, todos coinciden en una cosa: identificar las normas de divina procedencia con la naturaleza humana (physis), dentro de la unidad cosmológica.

LOS SOFISTAS: LA PRIMERA EDAD DE ORO DE LAS CIENCIAS

A la vuelta de los siglos vi al v a.C. se produce en Grecia un cambio de mentalidad del pensamiento helénico que sería decisivo para la concepción del derecho. Tal cambio obedecía a varios factores; a saber:

Una profunda crisis religiosa que pone en tela de juicio la tradicional fe en los dioses. Esto acarreará la separación filosófica entre derecho positivo y derecho natural, hasta entonces inconcebible.

Una también acentuadísima crisis cultural y social que deriva en una acusada separación de la cultura respecto de la religión, entrándose en un período de «ilustración» donde el centro del cosmos ya no es panteón (pan: todo; theos: dios), sino el hombre en sí mismo.

En este orden de cosas, Pericles instaaura en Atenas la democracia (démos: pueblo; krátos: poder) que sustituye al antiguo régimen aristocrático (aristós krátos: poder de los más sabios). Aunque hay quien deduce que la verdadera democracia estaba en Esparta, donde el rey luchaba como un igual junto a los soldados y éstos



se protegían unos a los otros con sus escudos en la compacta fila de la falange hoplítica, lo que hacía nacer en ellos el sentimiento de grupo homogéneo (?). Resolver este dilema es como tratar de comparar el día con la noche.

La democracia ateniense supone, a su vez, la emergencia de una concepción optimista del hombre que entiende ahora que es capaz para las cuestiones políticas, porque son mundanas y no divinas, pues el ser humano es un ser político (zón politikón).

En fin, la mirada y el pensamiento de la ciencia y de los sabios se centra en la idea del hombre y en su propia naturaleza esencial, a los que no son ajenos los adelantos de la medicina (Hipócrates, amigo de Sócrates al que un día despertó de madrugada diciéndole: ¡Protágoras está en Atenas!) que abrió paso decisivo a una época «antropológica» (ánthros: hombre) ni las guerras médicas que, más allá de su dimensión belicista, suponen una toma de contacto del mundo heleno con el persa, en cuya filosofía y teogonía no se desdeñaba el valor del hombre como ser natural, lo que hasta entonces se despreciaba en la Grecia anterior por considerarse una idea «bárbara». El hombre ha pasado a ser el centro de atención y la medida de todas las cosas (ánthros metrón: «homo mensura»).

Esta premisa va a constituir en el siglo v a.C. la base de la filosofía de los sofistas (entre los que destacan Jenófanes, Trasímaco, Critias, Protágoras, Gorgias y Caliclés).

La palabra sofista tiene hogaño una carga peyorativa que antaño no tuvo en origen (hoy designa al que con igual facilidad puede probar lo veraz o lo falso de la misma realidad), derivada de los escritos de Platón, que, en tanto discípulo amantísimo de Sócrates, dejó en ellos plasmadas las ideas de su maestro, que consideró —a la antigua usanza— que la ley humana y el ser natural del hombre son la misma cosa indisoluble; en tanto que los sofistas, dando al traste con esa vetusta concepción, pretendieron separar con meridiana claridad una cosa de la otra.

Aparecen los sofistas provenientes de los confines del mundo helénico (por tanto, portadores de la novísima concepción antropológica y antropocéntrica del universo), preconizando y enseñando el arte de la retórica (discurso y argumentación dialéctica) a la juventud, considerando la mayéutica socrática como corruptela para ella. A ellos, y por eso, se les atribuye la muerte de Sócrates, condenado como corruptor juvenil.

Se autoatribuían los sofistas el conocimiento de todas las cosas (sofistés) y, por ende, enseñaban a los atenienses en el ágora que no todo lo que la tradición les había legado —como las leyes— era justo.

Contraponían, así, physis (lo natural) a nómos (norma jurídica) : la obra de la naturaleza de la que el hombre procede, frente a la obra del hombre mismo, de la que nace la norma; reconociendo en la primera algo superior e inmanente, implícito en la condición humana: lo justo por naturaleza (physis dikaión), superador de las artificiales diferencias que las leyes hacen entre los hombres, combatiendo la desigualdad de éstos, iguales por naturaleza. Ha surgido el Derecho Natural.

Y aunque se trataba de un derecho natural «existencial» en que el hombre no se comporta como ser racional, sino que actúa reactivamente condicionado por su naturaleza instintiva, es el germen de toda la teórica posterior sobre la justicia que



ha llegado a nuestros días en forma de pensamiento o como ideal o utopía jurídica, que trata de relativizar y atemperar la ley positiva racionalizándola, para hacerla coincidir teleológicamente con el ideal de justicia.

Pero, lógicamente, para identificar conceptualmente el derecho natural y, por tanto, lo que sea justo por naturaleza, hay que aprehender antes los conceptos de qué es la naturaleza y qué lo justo, abstractamente considerados.

Las respuestas disímiles dan lugar a dos grandes tendencias dentro de los sofistas:

Para unos —Trasímaco, Caliclés— lo justo es equivalente a la ley del más fuerte, basada en la desigualdad esencial de la naturaleza humana en unos hombres y en otros.

Bajo esta concepción, Tucídides expuso en su discurso a los vencidos de la isla de Delos, tras someter su insurrección, durante las guerras del Peloponeso, la teoría de que el Derecho es una función de la fuerza y que la igualdad jurídica se basa en el equilibrio de fuerzas enfrentadas.

La teoría de la desigualdad inspiró la obra de Nietzsche y su idea del superhombre, base ideológica del nacionalsocialismo y del pangermanismo hitleriano y, menos abyectamente, al derecho natural revolucionario-individualista.

Para otros sofistas —Hipías, Alcidas— lo justo está en la igualdad entre los hombres; teoría que ha dado lugar al denominado Derecho natural humanista crítico, que permite enjuiciar las leyes en tanto no se adapten al ideal de justicia desde el principio de igualdad, y a su través, al socialismo utópico.

Ya se ve. Nada hay nuevo bajo el sol.

SÓCRATES, SABIO Y AMIGO DE LOS HOMBRES

Vivió entre el 469 y el 399 a.C. en Atenas. Hijo de una partera, decía que había heredado de ella el arte de hacer nacer las ideas en la mente de los hombres (mayéutica, de maieo: ayudar a parir). Deambulaba por el ágora sin objeto definido hablando con unos y otros, particularmente para refutar las ideas de los sofistas, tratando de inculcar la sumisión a las normas que consideraba justas por el mero hecho de ser normas. Denunciado por ello como corruptor de la juventud, fue condenado a beber cicuta y aceptó voluntariamente la muerte para no dar a sus conciudadanos la impresión de que la sentencia podría haber sido injusta.

Platón, en el Diálogo de Critón, nos ha legado el relato de este castigo y muerte debido a la concepción socrática, que preconiza la mentalidad arcaica de que las leyes del estado son justas en sí mismas y que su violación acarrea el castigo divino, corporeizado en las penas que las sentencias imponen a los que las incumplen, pues Sócrates tiene por idénticas legalidad y justicia.

En ese relato platónico se refieren los ímprobos esfuerzos del propio Platón y otros discípulos de Sócrates para librarle de la cárcel y de la propia muerte; esfuerzos que rechaza éste sistemáticamente para no dar, con su huida por el Pireo, la sensación de incumplimiento por no acatamiento de la sentencia que lo había condenado.



En ningún momento apela Sócrates al derecho natural (o lo que es igual: a lo justo por naturaleza) para siquiera impugnar la a todas luces injusta sentencia condenatoria, que acepta como una solución de un conflicto exclusivamente planteado en la aplicación estricta del derecho positivo, en modo alguno relacionado con la justicia natural.

El cumplimiento a ciegas de las leyes, sin poner en tela de juicio su justicia intrínseca, es tal vez la base de la doctrina tomista que define la ley como una ordenación de la razón humana en la que, de suyo, está inserta la justicia como valor inmanente.

Y es en esa teoría en que se puede observar el más acre rechazo al Derecho Natural como tal y el mejor aliado del positivismo kelseniano y del materialismo jurídico.

PLATÓN, PRÍNCIPE DE LA FILOSOFÍA

Como su maestro Sócrates, Platón se opuso al relativismo de los sofistas. Nace en Atenas en el 427 a.C. y fundó allí la Academia (Akademeia) en un lugar situado en las afueras de Atenas dedicado a Akademos, héroe mítico relacionado con el rapto de Elena por Paris; en cuyos peristilos enseñaba planteando problemas filosóficos.

Su empeño en hallar la verdad, sustraída a toda duda, le lleva a deducir que el hombre sólo puede encontrar la verdad inmutable en el mundo de las ideas, que él identifica simbólicamente con el mito de la caverna.

En ese mundo ideal, la verdad y el bien ocupan la cúspide de la jerarquía de todos los valores humanos.

Es esta concepción apriorística de las ideas la que le da la base para hablar de un Derecho natural ideal de validez universal tan diferente del existencial de los sofistas.

En el mundo platónico existen verdades inmutables, racionales y eternas, preordenadas incluso a la voluntad de los dioses y a las que los mismos dioses se hallan vinculados: lo justo y lo bueno son esas verdades; y así, la justicia constituye la armonía del mundo en su conjunto.

Fiel a la filosofía socrática, apela a la naturaleza del hombre para dar contenido material a la inmaterial idea de justicia, haciéndola descansar en la relación del hombre con el derecho (llámese Estado) y, en este orden de cosas, piensa que el Estado (llámese Derecho) puede legítimamente utilizar la coacción para exigir el cumplimiento de las leyes (la conocida «obediencia socrática»).

El problema esencial del Estado (del Derecho) es alcanzar la justicia, a cuyo valor deben estar subordinadas todas las leyes.

Claro que para conseguir tal fin, y al contrario que los sofistas, opina Platón que no todo ciudadano tiene capacidad para gobernar (y hacer la ley, pues), sino aquellos cuyas virtudes sean la sabiduría y la prudencia. Decía Platón que habría que hacer gobernantes a los filósofos o a los gobernantes filósofos.



ARISTÓTELES, HOMBRE DE CIENCIA

Nació en Estagira en el 384 a.C., fue discípulo de Platón (por lo que se le supone socrático, aunque no exento de crítica irónica, casi satírica) y educador de Alejandro el Magno. Fundó el Liceo (Lykeion) junto al templo de Apolo Licio, conocido también como Peripatos porque daba clases paseando (peripatein) en los jardines. Murió en Eubea en el 322 a.C. (?), huyendo de los helenos que le habían acusado de impiedad (en realidad se trataba de una persecución política, porque los helenos decían que el Liceo era un centro de espionaje macedonio).

La teoría filosófica aristotélica responde a la sublimación de la platónica de las ideas, que lleva a su más alta expresión realzando el lado categorial y teleológico. Categorial porque enlaza directamente la idea y la realidad material, haciendo aquella inmanente de ésta. Teleológico porque no se concibe un acontecer casual, sino que todo acontecer está orientado a un fin, que es, precisamente, la naturaleza.

Esta concepción dual de las ideas proporciona un nuevo acicate para la depuración del Derecho Natural ideal iniciado por Platón. Y es en el seno de esa concepción metafísica donde hay que examinar la concepción política y jurídica de Aristóteles, basada en la autarquía (autós arjein: gobierno autosuficiente) del Estado —creador del Derecho y de la justicia— y en el entendimiento del hombre como animal político (zón politikon), dotado de instinto gregario en su naturaleza que es la base de toda organización social «a fortiori».

Pero Derecho y justicia, aun teniendo origen común, no pueden identificarse plenamente, porque existen dos clases de leyes: la ley particular (idios) creada por el hombre y la ley general (koinós) proveniente de la naturaleza (el Derecho Natural). La ley particular encierra una justicia convencional trasunto de la legitimidad del poder; la ley general es justa por naturaleza siempre.

Y así, la ley natural o Derecho natural está por encima de la ley positiva humana y debe servir para corregir los defectos de ésta, cuando al aplicar su texto literal da lugar a situaciones injustas que no estén en la intención del legislador. Este correctivo es la equidad (epikéies dikaión).

Con esto, ley formal y justicia material se separan definitivamente hasta nuestros días.

LOS ESTOICOS. EL PRINCIPIO DEL FIN

Una serie de acontecimientos políticos y sociales hacen aparecer en la Grecia tardía (y por tanto ya en Roma) una nueva escuela filosófica y, con ella, una nueva forma de entender el Derecho natural: el estoicismo, a la que pertenecen Zenón de Citio, Crisipo, Séneca, Epicteto o Marco Aurelio.

Entre esos acontecimientos novedosos brilla con luz propia a los efectos de este trabajo la superación de la polis y su sustitución por la cosmópolis, comunidad universal, que acarrea en buena medida la idea del imperialismo (de base macedónica), estrangulador de las libertades individuales y hasta de las ideas.



Por eso, el estoicismo (de stóia, pórtico donde los estoicos enseñaban) resalta la virtud como valor esencial del hombre sabio; virtud que es el bien supremo de acuerdo con la naturaleza.

Pero como el bien y la virtud residen en someterse al destino, el estoico es un pesimista ante la vida.

Así que los estoicos conciben un Derecho natural cosmopolita que constituye una única ley universal para todos los hombres (thesis) de cuya ley las leyes del Derecho positivo son un complemento, con lo que obedecerlas es seguir los designios de la naturaleza y de la recta razón, obrando así de acuerdo con el destino resignadamente.

De resto, para los romanos el Derecho natural se confunde o se funde con el «*ius gentium*» y, como el «*ius civile*», lo consideran una fuente más del derecho positivo.

Al fin, el Derecho natural ya no sirve de reactivo sino como placebo y pasa a ocupar un oscuro lugar en la ciencia jurídica.

Para colmo, Justiniano, en nombre del cristianismo, ordenó cerrar todas las escuelas filosóficas griegas en el 529 d.C.

VII. EPIFONEMA CON ESTRAMBOTE

Frente al gran mundo de las obras del ser humano, en el que se inserta el Derecho, el hombre individualmente considerado tiene cada vez más una actitud valorativa de adhesión o de rechazo.

Así, frente a la ley y al Derecho podemos cuestionarnos si es justa o no, porque la justicia —en tanto valor inexorablemente anudado a nuestra mente aunque no exento de historicismo coyuntural y aun de sentimentalismo utópico— fue y sigue siendo el criterio máximo de valoración de las normas.

No en vano nuestra Constitución —tomada de otras— proclama la Justicia como valor máximo del ordenamiento jurídico, aunque luego parece olvidarse de ella hasta el punto de no reclamarla más en la actuación de los poderes públicos en particular (cfr. artículos 1.1; 103.1 «*in fine*» y 117.1 «*in fine*»). Muy pocas veces en la legislación se alude a ese valor (es excepcional el art. 106 de la Ley de procedimiento común que lo recoge en su forma de equidad).

La justicia es, pues, una medida mejor a la que aspiramos tengan las normas jurídicas, aunque muchas veces sea como el perro que le ladra a la Luna.

Pena enorme es que este extraordinario criterio valorativo y correctivo del Derecho que es la justicia tenga que estar y pasar por el transpersonalismo y el supra-individualismo (en expresiones de Radbruch) para hacerse patente; lo que equivale a decir que el ideal de justicia se ve objetivado por la sociedad y, a la postre, por el propio sistema, porque «*velis, nolis*» la justicia como valor individual se retira y cede a la presión del Derecho que muchas veces lo ensombrece, si no lo anula.

Es quizás el precio que el hombre ha de pagar por vivir en un orden (?) social. Si los clásicos volvieran yo sería su escudero pues que grandes sabios fueran.

Recibido: 07-01-2013. Aceptado: 05-02-2013.



LAS PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DEL *TRADE* EN LA MEDIACIÓN DE SEGUROS PRIVADOS*

Lucía Dans Álvarez de Sotomayor

Prof. Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

RESUMEN

La posibilidad de que los agentes de seguros puedan formalizar contratos de trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) ha supuesto una importante novedad en nuestro ordenamiento jurídico, ya que les permite disfrutar de una serie de garantías de clara inspiración laboral, a las que difícilmente podían acceder antes dada la naturaleza mercantil de su actividad. Quizás la más importante de todas ellas sea la posibilidad que tienen ahora de acudir ante los tribunales del orden social para resolver las controversias derivadas del contrato TRADE con su cliente principal. De todas formas, no son los únicos sujetos intervinientes en la mediación de seguros que pueden alcanzar la condición de TRADE; también los auxiliares externos y los auxiliares-asesores podrán formalizar contratos de esta naturaleza cuando cumplan las condiciones legalmente exigidas para ello.

PALABRAS CLAVE: Trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), mediación de seguros, agentes de seguros, auxiliares externos, auxiliares-asesores.

ABSTRACT

«The particularities of the contract of the TRADE in private insurance mediation». The possibility that insurance agents can sign contracts economically dependent autonomous worker (TRADE) has been an important development in our legal system, allowing them to enjoy certain additional guarantees manifestly inspired by labour law, which they could not previously access by the traditional commercial nature of this activity. Perhaps the most important of them all is the possibility that they have now to go to the social courts to resolve disputes arising from the contract between the TRADE and his principal client. Anyway, they are not the only subjects involved in insurance mediation can achieve the status of TRADE; also the external auxiliary and counsellors-auxiliary may conclude these contracts when they meet the requirements by law.

KEY WORDS: Economically dependent autonomous worker, insurance mediation; insurance agents, external auxiliary, counsellors-auxiliary.



I. MARCO REGULADOR Y CONCEPTO DE TRADE EN EL SECTOR DE LOS AGENTES DE SEGUROS

A estas alturas es bien sabido que una de las novedades más importantes de la Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), fue la de haber introducido en nuestro ordenamiento jurídico la figura del llamado «trabajador autónomo económicamente dependiente» (en adelante, TRADE). Esta norma trae causa a su vez de la Disposición Adicional sexagésima novena de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, que incorporaba el mandato al Gobierno de presentar, en el plazo de un año, un Proyecto de Ley de Estatuto del Trabajador Autónomo en el que se definiese, no sólo el trabajo autónomo —junto con los derechos y obligaciones a él asociado—, sino también la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente¹. La regulación del TRADE parte de la constatación de una realidad innegable, cual es la existencia de una peculiar clase de trabajadores, formalmente autónomos pero materialmente dependientes de un único empresario, por el hecho de provenir de él, si no todos, la mayor parte de sus ingresos; o dicho en palabras del propio Preámbulo de la LETA, «la existencia de un colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata». Con mayor o menor fortuna, pero desde luego que con bastante tibieza, el legislador ha tratado de proporcionar un régimen jurídico propio a la prestación de servicios de esta clase de autónomos, dotando a la relación civil, mercantil o administrativa que mantienen con su cliente principal de una serie de garantías e instrumentos de clara inspiración laboral, que ha terminado por situar al TRADE, en fin, como una figura con sustantividad propia, a caballo entre la del trabajador por cuenta propia y la del trabajador por cuenta ajena².

* Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación (I+D+I) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2011-29238), «La distribución de los seguros privados: bases para su reforma», del que es Investigadora Principal la Prof. Dra. M^a. Rocío Quintáns Eiras.

¹ Cfr. el apartado II del Preámbulo de la LETA. Se trata de una expresión que, sin embargo, se utilizó por vez primera en la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuya Disposición final sexta encargaba al Gobierno que realizase un «informe relativo a la situación de los trabajadores autónomos que dependen económicamente de uno o varios empresarios».

² Lo que no impide que nos movamos en una «frontera» no siempre precisa entre las tres figuras, como se reconoce en el Preámbulo de la LETA. Algo sobre lo que ya reflexionara D.M^a. CAIRÓS BARRETO, *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil. Un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo y sus transformaciones*, Lex Nova (Valladolid, 2003), p. 292, sosteniendo al respecto que «la frontera entre el trabajo autónomo personalmente prestado y en condiciones de dependencia económica y el trabajo subordinado será siempre una frontera de contornos difusos y móviles, porque las categorías que las definen no son absolutas, ni estáticas, sino que son conceptos esencialmente históricos».

Aun con todo, la opción por la que se ha decantado el legislador a la hora de diseñar la figura del TRADE es la de disciplinarla como una «*especie dentro del género de los trabajadores autónomos*»³ clásicos o puros⁴, con quienes comparte buena parte de sus notas esenciales —la realización de una actividad económica o profesional, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa—, pero con la importante particularidad de la dependencia económica a cargo de un solo cliente; nota ésta que es la que individualiza al TRADE frente a aquel otro tipo de trabajador por cuenta propia y la que, en resumidas cuentas, le aproxima a la figura del trabajador por cuenta ajena. Esto es lo que se deduce del concepto de TRADE contenido en el art. 11.1 de la LETA, a cuya virtud serán trabajadores autónomos económicamente dependientes «aquéllos que realicen una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales». Ahora bien, esta definición legal no basta por sí sola para atribuir la cualidad de TRADE a un trabajador autónomo, pues —inmediatamente a continuación— el propio art. 11 LETA exige la concurrencia inexcusable de una serie de «condiciones», que aquél «deberá reunir simultáneamente». Dado que se va a dedicar un epígrafe de este trabajo al estudio particularizado de dichas condiciones⁵, baste con dejar apuntado ahora que la sola ausencia de una de ellas implica que no pueda hablarse de un verdadero TRADE, quedando encuadrado el trabajador, según el caso, o bien dentro de la categoría del autónomo clásico o bien dentro de la del trabajador por cuenta ajena.

La LETA estaba llamada a su desarrollo reglamentario, al menos, en tres aspectos. En primer lugar —dado su carácter genérico para todo tipo de actividades económicas o profesionales—, para regular las características comunes de los contratos suscritos entre TRADE y cliente, según la Disposición final quinta de la LETA. En segundo lugar, a fin de establecer las condiciones necesarias para que «los representantes legales de los trabajadores tengan acceso a la información de los contratos [TRADE] que su empresa celebre», a través de la lectura conjunta de dicha Disposición final quinta y del art. 12.1 LETA⁶. Y en tercer lugar, tal y como aparece rubricada la Disposición adicional vigesimoséptima de la LETA, en materia de «contratos de trabajadores autónomos económicamente dependientes en el sector de los agentes de seguros». Con más retraso del previsto, el desarrollo reglamentario

³ Cfr. A. MONTROYA MELGAR, *El contrato del TRADE. La Ley y el Reglamento*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 16.

⁴ Sobre esto, se expresa con toda rotundidad el Preámbulo de la LETA: «La dependencia económica que la Ley reconoce al trabajador autónomo económicamente dependiente no debe llevar a equívoco: se trata de un trabajador autónomo y esa dependencia económica en ningún caso debe implicar dependencia organizativa ni ajenidad» (cfr. su apartado III).

⁵ Véase *infra*, epígrafe IV.

⁶ Véase este precepto en su redacción original, dado que el mencionado inciso fue suprimido tras la redacción dada por la LJS.



de todas estas cuestiones se produjo con el RD 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos.

En congruencia con ello, no extraña que la parte dispositiva del RD 197/2009 aparezca dividida en tres únicos capítulos: 1) el Capítulo I, dedicado al contrato del TRADE para la realización de la actividad económica o profesional, cuyo art. 1 reproduce —con una redacción prácticamente idéntica— el concepto de TRADE contenido en el art. 11.1 LETA; 2) el Capítulo II, relativo al contrato del TRADE en el sector de los agentes de seguros, como una modalidad o especie del anterior; y 3) el Capítulo III, a propósito del Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos. Pero sí resulta llamativo que el de los «agentes de seguros» sea el único sector de actividad que encuentra una regulación individualizada en la parte dispositiva del RD 197/2009, y más teniendo en cuenta que tan «heterogéneo»⁷ es el colectivo de los trabajadores autónomos como los sectores económicos o de actividad en que puede desenvolverse la prestación de servicios en régimen de TRADE. Sobre la razón de ser de esta regulación específica del agente o «mediador de seguros económicamente dependiente» nada se dice en la parte expositiva de la LETA, ni tampoco en su norma de desarrollo; silencio legal que permite barajar algunas hipótesis. Puede haber pesado la experiencia resultante de ciertos pronunciamientos judiciales y jurisprudenciales, que han llegado a declarar la naturaleza laboral de la relación jurídica de los agentes con la entidad aseguradora para la que prestan sus servicios —más allá del *nomen iuris* que legal o artificiosamente tuviese atribuido el contrato— cuando quedase acreditada la existencia de una dependencia funcional con la referida aseguradora⁸. Siendo como es el de los seguros un sector tradicionalmente fiscalizado por el Estado, donde la actividad de mediación se encuentra sometida a una estricta supervisión por parte de las administraciones públicas, cabe pensar también que el contrato del TRADE en dicho sector pudiera haber precisado por ello de ciertas cautelas adicionales.

⁷ Véase el apartado II del Preámbulo de la LETA.

⁸ Se descarta, pues, la existencia de una exclusión constitutiva del ámbito laboral, habida cuenta de que el contrato de agencia y el contrato de trabajo son «figuras jurídicas con intensas analogías, siendo esencialmente la nota de la dependencia la que diferencia una relación laboral especial u ordinaria de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, entendiéndose que concurre si quien realiza estas funciones de mediación no puede organizar su actividad profesional... [ni] el tiempo dedicado a la misma conforme a sus criterios, y tiene que seguir instrucciones de la empresa» [cfr. *ATSud* de 17 de julio de 2007 (JUR 324840)]. En este sentido, una *STSud* de 19 de febrero de 2003 (RJ 1342, 2004) declara que «no se puede sostener el carácter mercantil y autónomo de una relación jurídica en el ámbito de los seguros de quienes carecen de cartera de clientes, han de seguir las instrucciones de la agencia de seguros respecto a liquidaciones semanales y mensuales de cobros, se hallan vigilados por un Inspector de la agencia, no tienen instalaciones, personal o materiales propios sino que utilizan los de la expresada agencia la que asume el riesgo de la sustracción de la recaudación robada a los cobradores recurrentes».



Sin embargo, y aun cuando no es descartable que las razones recién apuntadas hayan podido tener alguna incidencia, vista la disparidad de los aspectos tratados en el Capítulo II del RD 197/2009 —algo, dicho sea de paso, que denota cierta improvisación—, existe otro motivo que por sí solo justificaría esta regulación individualizada del agente de seguros autónomo económicamente dependiente. Piénsese en que nos hallamos ante un profesional que si «adquiere la condición de agente de seguros de la entidad aseguradora» es precisamente «en virtud del contrato de agencia», según el art. 10.1 de la Ley 26/2006. De manera que la celebración de un contrato de agencia con una o varias entidades aseguradoras constituye una condición *sine qua non* para actuar como intermediario. Pero no es la única, dado que también es requisito constitutivo para llevar a cabo la actividad de intermediación que, «antes de iniciar su actividad», se inscriban en el «Registro especial administrativo de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos»⁹. Siendo todo esto así, y teniendo en cuenta que las normas comunes reguladoras del contrato del TRADE exigen a su vez dos requisitos idénticos —esto es, la formalización de un contrato *ad hoc* y su obligatoria inscripción en el «registro con carácter informativo de contratos para la realización de la actividad económica o profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente» del Servicio Público de Empleo Estatal¹⁰, resultaba necesario establecer las disposiciones necesarias para la adaptación del contrato de agencia a las particularidades del de TRADE; y no al revés.

II. EL MEDIADOR DE SEGUROS COMO TRADE

El Capítulo II del RD 197/2009 está monográficamente dedicado al contrato del TRADE en el sector de los agentes de seguros, brillando por su ausencia cualquier mención al resto de profesionales que participan —de forma directa o indirecta— en la mediación de los seguros privados; esto es, en todas aquellas «actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro», según el art. 2.1 de la Ley 26/2006. Pero, pese a no existir referencia alguna a otros sujetos que intervienen en la mediación de seguros, conviene dejar sentado que ni todos los mediadores de seguros pueden suscribir un contrato de TRADE, ni todos los sujetos que pueden ser TRADE en dicho sector de actividad son mediadores de seguros en sentido estricto. De hecho, existen al menos otras dos figuras —los auxiliares externos y los auxiliares-asesores de los mediadores— respecto de las cuales cabe afirmar que también podrán realizar su actividad en régimen de TRADE; siempre, claro está, que cumplan todas y cada una de las condiciones legalmente exigidas. Para delimitar cuáles son las personas que

⁹ Cfr. art. 6.2 de la Ley 26/2006, en relación con el art. 10.1 de la misma Ley.

¹⁰ Cfr. art. 6 del RD 197/2009.



pueden suscribir un contrato de TRADE, conviene detenerse antes en la tipología de los sujetos intervinientes en la actividad de mediación, sobre la base siempre de que no todos los sujetos que participan en ella adquieren por ese motivo la condición de mediadores. La Ley 26/2006 no contiene, es cierto, un concepto de «mediador de seguros privados», pero, en rigor, resulta que tal denominación está reservada en exclusiva a las personas físicas o jurídicas que ostenten —alternativamente— o bien la condición de agente de seguros, o bien la de corredor de seguros. Y así se deduce del art. 7.1 de la Ley 26/2006, según el cual «los mediadores de seguros se clasifican en agentes de seguros, ya sean exclusivos o vinculados, y en corredores de seguros».

El art. 9 de la Ley 26/2006 define a los agentes de seguros como aquellas «personas físicas o jurídicas que, mediante la celebración de un contrato de agencia con una o varias entidades aseguradoras y la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, se comprometen frente a éstas a realizar la actividad [de mediación] definida en el artículo 2.1 de esta Ley». A su vez, los agentes de seguros —a cuya regulación dedica dicha Ley toda la Sección II, del Capítulo I, del Título II— pueden ser «exclusivos» o «vinculados». La clave para distinguir ambos tipos de agentes radica en la exclusividad o no a que se comprometen en el momento de contratar la prestación de sus servicios con la compañía de seguros, que es a la que representan y por cuenta de la que actúan. En efecto, son agentes de seguros exclusivos «las personas físicas o jurídicas que, mediante la celebración de un contrato de agencia de seguros con una entidad aseguradora y la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, se comprometen frente a dicha entidad aseguradora a realizar la actividad de mediación de seguros»¹¹, mientras que los agentes vinculados resultan ser aquellos otros que, «mediante la celebración de un contrato de agencia de seguros con varias entidades aseguradoras y la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, se comprometen frente a éstas a realizar la actividad de mediación de seguros»¹². Este mismo criterio es, por lo demás, el que rige para las entidades de crédito y sociedades mercantiles controladas y participadas por éstas cuando ejerzan la actividad de agente de seguros, que adoptan así la denominación de «operador de banca-seguros vinculado» o, en su caso, la de «operador de banca-seguros exclusivo»¹³.

La tercera y última Sección del Capítulo I del Título II de la Ley 26/2006 está dedicada a la otra clase de mediadores: los corredores de seguros. A tenor de

¹¹ Cfr. su art. 13.

¹² Cfr. su art. 20.

¹³ Véase su art. 7.2. Véase también art. 25.1, que reserva la condición de operadores de banca-seguros a «las entidades de crédito y las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas... que, mediante la celebración de un contrato de agencia de seguros con una o varias entidades aseguradoras y la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, realicen la actividad de mediación de seguros como agente de seguros utilizando las redes de distribución de las entidades de crédito».

lo dispuesto en su art. 26.1, éstos son «las personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados definida en el artículo 2.1... sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras, y que ofrece asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades». Las características, funciones y requisitos que debe cumplir el corredor evidencian notables diferencias con el agente de seguros, pero quizás la más relevante de todas ellas sea que aquél es independiente por definición, pues no se encuentra afecto a ninguna compañía aseguradora. El cliente no es ya la aseguradora sino el potencial tomador del seguro, de manera que si —como se ha visto— el agente actúa en representación de una o varias compañías de seguros, el corredor actúa en representación de las personas que desean contratar el seguro en cuestión.

La Ley 26/2006 dedica un largo precepto a otra figura que también participa en la mediación de seguros privados: el auxiliar externo. Se trata, más en concreto, de su art. 8, a cuya virtud «los mediadores de seguros podrán celebrar contratos mercantiles con auxiliares externos que colaboren con ellos en la distribución de productos de seguros», advirtiendo de forma expresa que dichos «auxiliares externos no tendrán la condición de mediadores de seguros, ni podrán asumir funciones reservadas por esta Ley a los referidos mediadores, y desarrollarán su actividad bajo la dirección, responsabilidad y régimen de capacidad financiera del mediador de seguros para el que actúen». La norma aprovecha así para regular —bajo una misma figura— la actividad de los que en la legislación precedente se llamaban «subagentes» y «colaboradores» de los corredores de seguros¹⁴, cuya asistencia a los mediadores se circunscribe ahora a la realización de «trabajos de captación de la clientela, así como funciones auxiliares de tramitación administrativa, sin que dichas operaciones impliquen la asunción de obligaciones». Dado que el art. 8.1 confiere la posibilidad de contratar auxiliares externos (personas físicas o jurídicas) a los mediadores de seguros, con carácter general, esto significa que aquéllos podrán prestar dichos servicios tanto en favor de los agentes como de los corredores de seguros¹⁵. Eso sí, el precepto veda de forma expresa que el auxiliar externo colabore con otros mediadores de distinta clase a la de aquél que le contrató en primer lugar¹⁶.

¹⁴ Véase M^a.R. QUINTÁNS EIRAS, «Naturaleza jurídica de la relación de subagencia de seguros (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2002 —RJ 5286—)», *Revista Española de Seguros*, núm. 118 (2004), pp. 251 a 272.

¹⁵ Esto mismo se confirma en el propio Preámbulo de la Ley 26/2006, cuando destaca la «regulación de una figura única, los auxiliares externos de los mediadores de seguros, que por no tener la condición de mediadores de seguros tienen limitadas sus funciones a la mera captación de clientela y que actúan bajo la responsabilidad del mediador de seguros por cuenta del que trabajan» [cfr. su epígrafe vi].

¹⁶ Véase art. 8.5. Aunque, sólo en el caso de los auxiliares de un agente exclusivo, éstos podrán colaborar con otros agentes exclusivos de la misma entidad aseguradora.



Resulta curioso comprobar cómo en la redacción originaria del art. 8 de la Ley 26/2006 se excluía de forma expresa —dentro de las tareas encomendadas a los auxiliares externos— la capacidad de asesorar al cliente. Pero esta prohibición virtualmente absoluta ha desaparecido por completo tras la reciente modificación que del art. 8 ha hecho la Disposición adicional duodécima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. La importancia de esta norma es que con ella se introduce en la Ley 26/2006 una nueva figura, el «auxiliar-asesor»; denominación bajo la que se encuentran «aquellos auxiliares externos que, además de las actividades [que le son propias]..., presten por cuenta del mediador con quien hayan suscrito un contrato de auxiliar-asesor asistencia en la gestión, ejecución y formalización de los contratos de seguro, o [asistencia] en caso de siniestro». Atendiendo al tenor literal del precepto, la figura del auxiliar asesor parece estar concebida como una modalidad del auxiliar externo. De ser esto así, lo lógico es que también le esté vedada la cualidad de mediador de seguros, de manera que —en principio— no sólo no puede asumir las funciones que a ellos reserva la ley¹⁷, sino que además tendrá que desarrollar su actividad bajo la dirección, responsabilidad y régimen de capacidad financiera de aquel para el que actúe¹⁸. Lo que ocurre es que las funciones atribuidas a esta nueva figura van más allá de las meras tareas administrativas y de captación de clientela, estando ahora en condiciones de desempeñar —a diferencia del simple auxiliar externo— un papel cuasi integral en la venta y posventa del seguro. Y esto es, en resumidas cuentas, lo verdaderamente paradójico (y contradictorio) del asunto: las funciones del auxiliar-asesor coinciden, casi punto por punto, con una de las que a su vez definen la propia actividad de mediación, *ex* art. 2.1 de la Ley 26/2006, cual es, recuérdese, la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro.

Por supuesto, nada impide que sean las propias entidades aseguradoras las que lleven a cabo directamente las actividades de presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro, o de celebración de dichos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de los mismos. En este sentido, el art. 4.1 de la Ley 26/2006 contempla la posibilidad de que dichas entidades acepten la cobertura de los riesgos, «sin intervención de mediador de seguros privados»¹⁹. Siendo esto así, lo lógico es que también los empleados de las

¹⁷ Sin embargo, esto podría dar un giro radical en fechas no muy lejanas, vista la reciente aparición de la Propuesta de Directiva sobre la mediación en los seguros, de 3 de julio de 2012 [COM(2012) 360 final], que amplía de forma notable el ámbito de aplicación subjetivo de su predecesora, la Directiva 2002/92/CE, de 9 de diciembre, sobre la mediación en los seguros. En efecto, en su art. 2.3 se avanza una nueva y más amplia definición del concepto de «mediación de seguros», que incluye «toda actividad de, asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, o de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro»; funciones algunas de las cuales son coincidentes con las que el art. 8 de la Ley 26/2006 atribuye a los auxiliares-asesores.

¹⁸ De hecho, pesa sobre ellos la obligación de identificarse como tales e indicar también la identidad del mediador por cuenta del que actúen (art. 8.2).

¹⁹ Cfr. su art. 4.1.

aseguradoras puedan «promover la contratación de seguros a favor de la entidad de que dependan», ya sea desde las oficinas de ésta ya sea mediante técnicas de comunicación a distancia o contratos de trabajo a distancia²⁰. Lógicamente, los seguros en cuestión se entenderán realizados por la entidad para la que aquéllos presten sus servicios por cuenta ajena, precisando el mismo art. 4.1 que esta actividad «no alterará la relación existente entre empresa y empleado por razón del contrato de trabajo». Una vez más, y con independencia de que realicen las funciones propias de los mediadores, los empleados de las compañías aseguradoras tampoco tienen atribuida tal consideración legal.

A la vista de cuanto antecede, y pese a que la normativa reguladora del TRADE sólo se refiera a «los agentes de seguros exclusivos y agentes de seguros vinculados que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 11 del Estatuto del Trabajo Autónomo», cabe concluir que no sólo éstos podrán formalizar un contrato en régimen de TRADE, sino también los auxiliares externos (sean o no auxiliares-asesores) que colaboren con agentes y corredores. Y lo anterior, claro está, siempre que también ellos cumplan simultáneamente todas y cada una de las condiciones enumeradas en el art. 11.1 y 2 LETA. Quedan, por tanto, excluidos de la posibilidad de suscribir un contrato TRADE: 1) los corredores de seguros, por la sencilla razón de que su cliente no es ni una ni varias compañías aseguradoras, sino el tomador del seguro; 2) los operadores de banca-seguros —vinculados o exclusivos— dado que no son personas físicas, sino entidades de crédito y sociedades mercantiles controladas y participadas por dichas entidades bancarias; y 3) los empleados de las propias compañías aseguradoras, entre cuyas funciones se encuentre la de allegar seguros para ellas, pues la naturaleza del contrato por el que se comprometen a prestar sus servicios retribuidos no es ni administrativa, ni civil, ni mercantil, sino —como su propio nombre indica— laboral.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO CONTRACTUAL ENTRE EL TRADE Y SU CLIENTE PRINCIPAL

Para evitar cualquier tipo de confusión, la normativa reguladora del trabajo autónomo se diseña «dejando clara la naturaleza civil o mercantil de las relaciones jurídicas establecidas entre el autónomo y la persona o entidad con la que contrate»²¹. Y buena muestra de ello es la Disposición adicional decimoséptima de la LETA, donde, tras reenviar a desarrollo reglamentario los supuestos en que los agentes de seguros podrán concertar un contrato de TRADE, el legislador se preocupa de

²⁰ Aunque, según F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, «la formalización de los contratos de seguro no constituye el núcleo central de su trabajo, sino que ésta se realiza simultáneamente con el ejercicio de las funciones propias de su categoría profesional». «Los mediadores de seguros y su afiliación al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 34, pp. 77 y 78.

²¹ Cfr. epígrafe III de su Preámbulo.



advertir que dicho desarrollo tendrá lugar «sin afectar, en ningún caso, su relación mercantil». En efecto, la actividad de distribución de seguros —y con ella, la de intermediación— se materializa principalmente a través de contratos de naturaleza mercantil. Esto es así, en cuanto a las funciones de mediación que le son propias al agente de seguros, quien adquiere tal personalidad, recuérdese, sólo y siempre que suscriba el correspondiente contrato de agencia. El carácter mercantil *ex lege* de este peculiar contrato está «fuera de toda duda», como recuerda la Exposición de Motivos de la LCA. Y si tenemos en cuenta que el de seguros es una modalidad del contrato de agencia²², lo lógico es que también la Ley 26/2006 prevea que «el contrato de agencia de seguros tendrá siempre carácter mercantil». De todas formas, no puede ignorarse que esta particular naturaleza es consustancial a la actividad de los agentes de seguros desde sus antecedentes más remotos, pues ya el art. 9º de la vieja Orden de 7 de mayo de 1947, por la que se aprobó la Reglamentación Española de la Producción de Seguros²³, disponía por vez primera que los contratos celebrados entre los agentes y las entidades aseguradoras «son de carácter puramente mercantil».

Lo que ya no está tan claro, sin embargo, es que ésa sea la naturaleza que deba revestir imperativamente el contrato de los auxiliares externos y los auxiliares-asesores con los agentes (o agencias) de seguros y corredores (o corredurías) de seguros. Es verdad que el art. 8 de la Ley 26/2006 habla de «contratos mercantiles» para referirse al vínculo contractual entre el auxiliar externo y el mediador de seguros; y lo mismo ocurre con los suscritos por auxiliares-asesores, ya que dicho precepto explicita asimismo un «contrato mercantil», al que denomina «contrato de auxiliar-asesor»²⁴. Ahora bien —a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas o jurídicas que realicen la actividad mediadora bajo la concreta denominación «agentes de seguros»— tampoco parece existir impedimento legal alguno para que la prestación de servicios de estos profesionales pueda asimismo concretarse a través de un contrato de trabajo, y más si se tiene en cuenta: a) que es perfectamente posible que sean los propios empleados de las aseguradoras los que realicen una de las actividades propias del mediador, allegando seguros en favor de su empleadora; b) que los auxiliares externos no sólo no pueden asumir las funciones reservadas a los agentes y corredores de seguros, sino que tienen que desarrollar su actividad bajo la dirección, responsabilidad y régimen de capacidad financiera del mediador de seguros para el que actúen; y c) que, pudiendo contratar los mediadores a un auxiliar-asesor persona jurídica, se contempla incluso la eventualidad de que éste pueda a su vez derivar a sus propios «empleados» funciones que la Ley le atribuye a él, lo que fuerza a concluir que si el auxiliar-asesor puede contratar trabajadores por

²² Cfr. art. 3.1 LCA.

²³ Cfr. Gazeta de 15 de mayo de 1947.

²⁴ Cfr. su apartado 1.

cuenta ajena para realizar tareas que le son propias, con más motivo aún debería poder llevarlas a cabo por sí mismo, en virtud de un contrato de trabajo²⁵.

Partiendo, en cualquier caso, de la naturaleza mercantil del contrato suscrito entre el agente y la aseguradora —o entre el auxiliar y el mediador de seguros—, conviene hacer un matiz que es importante. Por más que el RD 197/2009 hable, por un lado, del contrato de agencia y, por otro, de un «contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente en el sector de los agentes de seguros», esto en modo alguno significa que se produzca la coexistencia de dos contratos distintos para la prestación de una misma actividad. No hay, porque no puede haberla, una duplicidad de contratos entre las partes, sino que lo que se produce aquí es una superposición material de contenidos, en la inteligencia de que subsiste un único contrato —el de agencia— al que se suman o incorporan el régimen y las garantías del de TRADE²⁶. De ahí que el art. 10 del RD 197/2009 hable con naturalidad del «contrato de agencia de seguros... entre el agente de seguros autónomo económicamente dependiente y la entidad aseguradora». Es más, aun cuando en verdad el orden de los factores no altera aquí el «producto», la necesaria preexistencia de un contrato de agencia para alcanzar la cualidad de agente de seguros (económicamente dependiente o no), hace que parezca más razonable clasificar el «contrato del agente autónomo económicamente dependiente» como una submodalidad o subtipo del contrato de agencia de seguros (que es, a su vez, una modalidad del contrato de agencia que con carácter general regula la LCA), que tipificarlo como una modalidad del contrato de TRADE común o típico. Lo que se ha dicho sobre la subsistencia del contrato mercantil de base puede hacerse extensivo a la figura del auxiliar externo o, al menos, a la del auxiliar-asesor, cuando se vincule al mediador a través de un «contrato mercantil de auxiliar-asesor»²⁷; contrato, dicho sea de paso, que recuerda (y mucho) al viejo «contrato de subagencia»²⁸.

²⁵ Aunque referida a los subagentes, existen numerosos pronunciamientos que reconocen que la naturaleza del vínculo contractual puede ser mercantil o laboral, como ocurre en STS de 6 de abril de 1990 (RJ 3117), STS de 16 de febrero de 1998 (RJ 809) y STSJ País Vasco de 29 de enero de 2002 (AS 2547).

²⁶ En este sentido, véase A. MONTOYA MELGAR, *El contrato del TRADE. La Ley y el Reglamento*, cit., p. 66.

²⁷ Además, los auxiliares-asesores deberán inscribirse en el «Registro administrativo de auxiliares-asesores» (art. 8.4 de la Ley 26/2006).

²⁸ Cfr. M^a.R. QUINTÁNS EIRAS, «Naturaleza jurídica de la relación de subagencia de seguros (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2002 —RJ 5286—)», *Revista Española de Seguros*, cit., p. 255: «la subagencia constituye un fenómeno de agencia encadenada o escalonada: el agente promueve en interés del principal y el subagente —aunque obra también en interés del principal de manera indirecta— actúa en nombre del agente y ha de seguir las instrucciones de éste, a quien ha de responder de su gestión».



IV. LOS REQUISITOS PARA LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRADE EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE MEDIACIÓN

A. DE CARÁCTER SUBJETIVO

Ya se ha dicho que la definición de TRADE que ofrece el art. 11.1 LETA no atribuye automáticamente dicha categoría a toda persona física que realice una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para un cliente del que percibe, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. Para ello, el sujeto en cuestión deberá reunir además —y de forma simultánea— una serie de condiciones²⁹, hasta el punto de que la ausencia de alguna de ellas va a suponer que debemos hablar de otra figura; en unos casos, de un trabajador autónomo puro y, en otros, quizás, de un trabajador por cuenta ajena, pero en ningún caso de un TRADE. Se trata de la lista tasada que contiene el apartado 2 del propio art. 11 LETA. Pues bien, sobre la base siempre de que las personas físicas que pueden formalizar contratos de TRADE, en la actividad económica de intermediación, no son sólo «los agentes de seguros exclusivos y agentes de seguros vinculados que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 11 del Estatuto del Trabajo Autónomo», a que se refiere el art. 8.1 del RD 197/2009, a continuación se van a examinar las restantes condiciones que apuntalan la noción de TRADE en dicho sector de actividad, con las particularidades (algunas más superfluas que otras) que recogen los arts. 8 a 10 del citado Reglamento.

La primera condición que se le exige al TRADE es la de «no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros», *ex* art. 11.2.a) LETA. El precepto se refiere aquí a la «actividad» como un todo, pues incluye tanto la convenida con el empresario del que dependa económicamente como aquellas otras que pudiera contratar con otro u otros clientes. Quizás por ello, no aporta nada —y hasta resulta ociosa— la precisión que realiza el art. 8.1 del RD 197/2009, al excluir de la condición de TRADE a los agentes de seguros exclusivos o vinculados «que hayan suscrito un contrato mercantil con auxiliares-externos». Sirve, si acaso, para evidenciar la importancia que el legislador otorga al carácter personalísimo de la actividad del TRADE, quien debe desempeñar de forma personal y directa toda su actividad económica o profesional, sin emplear a trabajadores ni derivar la ejecución total o parcial de dicha actividad a terceros. Es más, puede afirmarse que la prestación de los servicios *intuitu personae* es uno de los criterios básicos sobre los que descansa la figura del TRADE, que en

²⁹ Clasificando los elementos conceptuales del TRADE en «esenciales», «variables» y «controvertidos», véase M. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *El Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente. Delimitación Conceptual y Ámbito de Aplicación*, Aranzadi-Thomson Reuters (Cizur Menor, 2010), pp. 77 a 226.

este punto se aproxima a la del trabajador por cuenta ajena³⁰. Y también permite establecer una diferencia adicional entre el TRADE y el autónomo clásico o puro, denominación reservada por el art. 1.1 LETA a aquellas «personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo», con independencia —y éste es el inciso que lo distingue— de que «den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena»³¹.

Otro de los requisitos que impone el art. 11.2.d) LETA es que el trabajador desarrolle su actividad «con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente»³². Aunque no se diga con estas palabras, lo que el precepto exige aquí es que — pese a la dependencia económica— exista verdadera independencia funcional del TRADE respecto de su cliente principal. Éste es el elemento clave e imprescindible sobre el que se sustenta la figura misma del TRADE y, sobre todo, el que justifica que el legislador se haya decantado por disciplinarla como una especie o categoría del trabajador autónomo clásico. Y lo hace, incorporando aquí un requisito sobre el que la jurisprudencia laboral ha venido insistiendo en repetidas ocasiones, según el cual es forzoso —para descartar la laboralidad del vínculo— que exista independencia funcional del autónomo respecto de su cliente; o lo que es lo mismo, que aquél pueda regir con arreglo a sus propios criterios no sólo su actividad, sino el tiempo dedicado a ella. Tanto es así, que las instrucciones recibidas deberán limitarse a materias imprescindibles para el correcto desenvolvimiento de su actividad, cual es «la fijación del precio de los productos correspondientes a la [actividad de] intermediación»³³. De la importancia de este requisito se hace eco el art. 9.1 del RD 197/2009, que considera indicaciones técnicas, «entre otras», las relacionadas con la actividad de intermediación y «especialmente las que deriven de la normativa interna de suscripción y de cobertura de riesgos de

³⁰ Al fin y al cabo, la prestación de servicios *intuitu personae* es también consustancial al contrato de trabajo. Y tan es así que, cuando no existe obligación personal de efectuar la prestación de servicios, «difícilmente cabe imaginar una relación de carácter laboral» [cfr. STSJ Galicia de 21 de enero de 2000 (AS 55)].

³¹ En este sentido cabe citar una STSJ Madrid de 25 de abril de 2012 (JUR 168014), que interpreta este requisito de forma tan restrictiva como, a mi juicio, errónea, negando la condición de TRADE a una agente de seguros exclusiva, que había pactado la posibilidad de contratar auxiliares externos, «no siendo obstáculo el que... no haya contratado efectivamente auxiliares externos, por cuanto ello ha dependido de su voluntad, teniendo tal posibilidad por contrato». Y es que el art. 8.1 del RD 197/2009 es claro cuando excluye de la categoría de TRADE a los agentes que «hayan suscrito un contrato mercantil con auxiliares-externos», de manera que sólo cuando esto se produzca podrá descartarse la existencia de un TRADE, pero no antes; ni siquiera por la omisión en el contrato de la declaración a que se refiere el art. 5.2.c) del RD 197/2009. Lo que el art. 8.1 fiscaliza no es la cláusula contractual por la que se acuerda la posibilidad del agente de servirse de auxiliares externos (algo que además permite de forma expresa el art. 10.4 de la Ley 26/2006), sino que el profesional pase a tener la consideración de empresario —empleador o cliente—, cosa que únicamente se va a producir cuando tenga lugar la contratación.

³² Cfr. su apartado d).

³³ Cfr. STSud de 2 de julio de 1996 (RJ 5631).



la entidad aseguradora, de la normativa de seguros privados, de la normativa de protección de datos de carácter personal, de blanqueo de capitales u otras disposiciones de obligado cumplimiento». Y todo ello, con la advertencia añadida de que la observancia de las indicaciones que el TRADE pueda recibir de la aseguradora o, en su caso, del agente o corredor de seguros, en modo alguno supondrá que ejecute su actividad de manera indiferenciada con los empleados que aquélla pudiera tener.

En efecto, el art. 11.2.b) LETA también supedita la cualidad de TRADE a que el autónomo no ejecute su actividad «de manera indiferenciada» con los empleados que presten sus servicios para la empresa cliente «bajo cualquier modalidad de contratación laboral». La redacción de este inciso, afirmando —a través de una doble negación— que la ejecución de la actividad deberá realizarse de manera diferenciada con los asalariados de la cliente, es tan enrevesada como imprecisa. No aclara si lo que se prohíbe al TRADE es que lleve a cabo las mismas funciones que realizan los empleados de la aseguradora o, simplemente, que éste desempeñe su actividad por cuenta ajena y con el mismo régimen de subordinación que aquéllos, bajo la pretendida apariencia de un autónomo (que sería así un «falso autónomo económicamente dependiente»). De todas formas, una interpretación sistemática del art. 11.2.b) LETA, en relación con lo dispuesto en el art. 9 del RD 197/2009, parece sustentar la segunda opción. Al fin y al cabo, el art. 9.3 únicamente refiere aspectos formales de la actividad, al descartar tanto el «cumplimiento de las indicaciones técnicas»³⁴ como el «uso de la documentación, material, herramientas e instrumentos proporcionados por la entidad aseguradora»³⁵, como indicios válidos para considerar que los agentes de seguros ejecutan su actividad de manera indiferenciada con los empleados de la aseguradora. Éste es además el razonamiento más lógico, pues, de admitir que el art. 11.2.b) LETA impide que el TRADE pueda desempeñar las mismas funciones que los empleados de la cliente, ello eliminaría casi cualquier posibilidad de que la aseguradora pudiera contratar los servicios de un agente de seguros en régimen de TRADE; al menos, en buena parte de los casos, sobre todo si se tiene en cuenta que «sin necesidad de contrato de agencia y sin perjuicio de la posibilidad de celebrarlo, los empleados que formen parte de las plantillas de las entidades aseguradoras podrán promover la contratación de seguros a favor de la entidad de que dependen», *ex* art. 4.1 de la Ley 26/2006.

Para poder suscribir un contrato de TRADE, es asimismo condición indispensable que el sujeto disponga de infraestructura productiva y materiales propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, siempre y cuando éstos «sean relevantes económicamente». Con un requisito de este tipo, el art. 11.2.c) LETA incide en la nota de la independencia característica de todo trabajador autónomo, que no sólo implica su propia persona, sino que también arriesga sus propios recursos económicos para el desempeño de la actividad. Lo de qué infraestructura y materiales sean económicamente relevantes constituye, desde

³⁴ Cfr. en relación con el art. 9.1.

³⁵ Cfr. en relación con el art. 9.2.

luego, un concepto jurídico indeterminado que seguramente termine dilucidándose por jueces y tribunales a la luz de cada caso concreto. Por lo pronto, es claro que un teléfono móvil, un ordenador, o cualquier otro dispositivo electrónico no deberían tener tal consideración en la prestación de servicios del agente de seguros o auxiliar autónomo económicamente dependiente. Aunque, desde luego, no puede decirse lo mismo cuando se trate de un vehículo, un local o un despacho que el cliente pueda poner a disposición del TRADE para la prestación de sus servicios. En este sentido, el art. 9.2 del RD 197/2009 formula una regla negativa expresa dirigida a los agentes de seguros, cuyo tenor literal —por cierto— permite aventurar que el requisito del art. 11.2.c) LETA pudiera estar concebido sobre todo para el caso de los transportistas: «no se considerará económicamente relevante la documentación, el material, ni el uso de instrumentos o herramientas, incluidas las telemáticas, que la entidad aseguradora proporcione a los agentes de seguros autónomos económicamente dependientes».

La letra g) del art. 11.2 LETA también condiciona la cualidad de TRADE a la percepción de una «contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla». Y aunque existe aquí una nota definitoria del trabajo asalariado, concurre al mismo tiempo otra que descarta por sí sola la existencia de cualquier relación laboral: la asunción del riesgo y ventura de la actividad. Basta con acudir al art. 1.3.f) ET, que excluye del ámbito de aplicación de la legislación laboral «la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma». Bien es cierto, sin embargo, que una de las notas definitorias del contrato de agencia es justamente la de que los agentes no asumirán el riesgo y ventura de las operaciones, «salvo pacto en contrario», a tenor de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (LCA). Y pese a ello, los agentes de seguros han estado desde siempre extramuros de la legislación laboral³⁶. Ahora bien, todo esto tampoco

³⁶ Quedan al margen, incluso, de la relación laboral especial de los llamados «mediadores mercantiles dependientes» [cfr. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces (Madrid, 2012), pp. 839 y 840], de cuyo desarrollo se ocupa el RD 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas. Según su art. 1.2.c), se excluye del ámbito de aplicación de la norma a «las personas naturales incluidas en el ámbito de la normativa específica sobre producción de seguros... siempre que, de acuerdo con dicha normativa, se configuren como sujetos de una relación mercantil». Y dicha exclusión «se fundamenta en la inexistencia de dependencia, no en la asunción del buen fin de las operaciones, que puede faltar» [cfr. J. GÁRATE CASTRO, *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*, 6ª ed., Netbiblo (La Coruña, 2012)]. Sobre las dificultades para diferenciar el contrato mercantil de agencia y el contrato de trabajo de los representantes de comercio, véanse D.Mª. CAIRÓS BARRETO, *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil. Un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo y sus transformaciones*, cit., p. 150 y ss., y Mª.R. QUINTÁNS EIRAS, «Agentes mercantiles y representantes de comercio: algunas reflexiones para su diferenciación», en



debe llevar a la errónea conclusión de que, para que un agente de seguros pueda beneficiarse de los derechos inherentes a todo TRADE, es requisito imprescindible que aquél haya pactado de forma expresa en el contrato de agencia que asume el riesgo y ventura de su actividad. Evidentemente, una interpretación en tal sentido desvirtuaría casi por completo la aplicabilidad de la norma. Por eso, y aunque se trata de una regla genérica para todos los «agentes comerciales» —entre los que también se hallan los agentes de seguros—, la Disposición adicional decimonovena de la LETA se encarga de precisar que «a los efectos de ser considerados trabajadores autónomos económicamente dependientes, no les será de aplicación el requisito de asumir el riesgo y ventura de tales operaciones»³⁷.

Ya en último lugar, el art. 11.3 LETA dispone que no tendrán «en ningún caso» la condición de TRADE las personas que sean titulares de establecimientos, locales comerciales, oficinas o despachos abiertos al público; como tampoco quienes «ejercen su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho». Ahora bien, este último inciso debe entenderse matizado, si no prácticamente vaciado de contenido, por la Disposición adicional octava del RD 197/2009, pues —tras reproducir en ella lo dispuesto por el art. 11.3 LETA—, añade que «la citada exclusión se entiende sin perjuicio del contrato de TRADE que pueda celebrar el profesional con un cliente distinto de la sociedad o persona jurídica en la que esté inserto». De lo que se deriva, en fin, que una exclusión virtualmente absoluta como es la contenida en el art. 11.3 LETA, se reduce a mera categoría de excepción en su norma de desarrollo, desde el momento en que la referida prohibición se circunscribe a los supuestos en que la actividad se preste para la misma sociedad de la que forme parte el profesional. O dicho con otras palabras, lo que se le impide al autónomo no es la posibilidad de acceder a la categoría de TRADE por el hecho de ejercer su actividad o profesión conjuntamente con otros, sino que pueda adquirir tal condición respecto de la sociedad, empresa o entidad jurídica de la que forma parte.

B. DE CARÁCTER FORMAL

Un autónomo que reúna todas las condiciones que exige el art. 11 LETA, podrá instar a su cliente la formalización del contrato de TRADE. Pero tendrá que hacerlo siempre a través de una «comunicación fehaciente», según el mandato con-

J.C. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, F.J. GARDEAZABAL DEL RÍO y P.J. GARRIDO CHAMORRO (Coordinadores), *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Civitas-Thomson Reuters (Madrid, 2010), p. 1385 y ss. Es la LCA la que «viene a invertir los términos de la cuestión, permitiendo la calificación como mercantil de la relación mantenida entre la empresa y el... [agente] de comercio» [cfr. STSJ Cataluña de 17 de enero de 1996 (AS 170)].

³⁷ Disposición ésta que reproduce asimismo la Disposición adicional segunda del RD 197/2009.

tenido en el art. 11*bis* LETA³⁸ y el art. 2 del RD 197/2009. Lógicamente, el tiempo en que deba producirse esta comunicación dependerá a su vez del momento en que concurran en el trabajador los requisitos necesarios para poder ser considerado TRADE. Si tal cosa ocurre durante la suscripción del contrato mercantil para la actividad económica de mediación —o durante las conversaciones previas a su formalización—, esa obligación de comunicar de forma fehaciente³⁹ puede considerarse cumplimentada cuando en él conste «expresamente la condición de económicamente dependiente del trabajador autónomo respecto del cliente con el que contrata»⁴⁰. Cuestión distinta es que la condición de TRADE se alcance de forma sobrevenida, mientras esté en vigor el contrato mercantil preexistente, en cuyo caso rige aquí el principio de libre disposición de las partes, visto que podrán, o bien pactar la novación del contrato o bien limitarse a esperar a que se produzca su extinción, para formalizar más tarde el de TRADE⁴¹. Ambas eventualidades aparecen contempladas en el art. 12.3 LETA, según el cual, ante la «circunstancia sobrevenida del... cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 11, se respetará íntegramente el contrato firmado entre ambas partes hasta la extinción del mismo, salvo que éstas acordasen modificarlo para actualizarlo a las nuevas condiciones». Adviértase, en cualquier caso, lo importante que resulta ser la comunicación al cliente que, en caso de no producirse, el autónomo no podrá acogerse al régimen jurídico de TRADE⁴², con todas las garantías y derechos que de ello se deriven⁴³.

³⁸ Precepto añadido por la Disposición final segunda de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

³⁹ Obligación que se extiende a la comunicación de las eventuales «variaciones en la condición de dependiente económicamente que se produzcan durante la vigencia del contrato» [cfr. art. 5.2.e) del RD 197/2009].

⁴⁰ Cfr. art. 5.1 del RD 197/2009.

⁴¹ Lo mismo ocurre cuando la circunstancia sobrevenida sea que alguna de las condiciones exigidas por el art. 11 LETA desaparezca; señaladamente, la de la dependencia económica. Basta con acudir al modelo de contrato que se adjunta en el RD 197/2009, cuya cláusula novena contempla esta eventualidad, reenviando su contenido a la autonomía de la voluntad de las partes.

⁴² Sobre la importancia de la comunicación, véanse STSud de 11 de julio de 2011 (RJ 6391) y dos SSTSud de 12 de julio de 2011 (RJ 6297 y 6394). Según la primera de las tres, «ya no es una exigencia formal, sino que se relaciona con el necesario conocimiento del empresario de uno de los presupuestos del contrato: la situación de dependencia económica»; situación, en fin, que «normalmente sólo será conocida por el trabajador autónomo, pues es él quien tiene la información sobre los clientes para los que presta sus servicios y sobre los ingresos que percibe de ellos». Sin el conocimiento de este dato, continúa la Sala, «el cliente que concierta un contrato puede estar asumiendo un contrato de trabajo autónomo dependiente cuando en realidad su intención es la de establecer un contrato civil o mercantil de régimen común con un trabajador autónomo ordinario... De ahí que el trabajador tenga la obligación de informar de esta circunstancia o la carga de probar, en su caso, que el cliente la conocía al contratar». Se corrige con ello cierta doctrina judicial relativa a que el «incumplimiento de la obligación de comunicación efectuada por el TRADE a su cliente, no altera la relación jurídica entre ambos, ni mucho menos la competencia jurisdiccional, la cual no puede quedar al arbitrio de una de las partes» [cfr. STS] Cataluña de 4 de octubre de 2010 (AS 2449)].

⁴³ Sin ir más lejos, el mismo acceso a la jurisdicción social, ya que, de acreditarse la inexistencia de comunicación, nuestros tribunales laborales vienen rechazando su propia competencia para





El contrato para la actividad económica deberá formalizarse siempre por escrito⁴⁴, con un contenido mínimo necesario y, si las partes así lo acuerdan, un contenido accesorio. En efecto, según el art. 4.2 RD 197/2009, deberán constar en él «necesariamente» los siguientes extremos: a) la identificación de las partes; b) la declaración expresa relativa a que el TRADE cumple con todos y cada uno de los elementos y condiciones que configuran dicha categoría, *ex art.* 11 LETA, en los términos que contempla el art. 5 del RD 197/2009; c) el objeto y causa del contrato, precisando «el contenido de la prestación» del TRADE y «la determinación de la contraprestación económica asumida por el cliente»; d) el régimen de interrupción anual de la actividad, del descanso semanal y de los festivos, así como la duración máxima de la actividad; y e) el acuerdo de interés profesional que resulte de aplicación, siempre que el TRADE exprese su conformidad. Ya con carácter accesorio o instrumental, las partes también podrán incluir en el contrato cualquier otra cláusula que consideren oportuna —siempre que sea conforme a derecho—, entre las que pueden mencionarse la fecha de comienzo y duración de la vigencia del contrato; la cuantía de la indemnización a que tendrá derecho el TRADE por la extinción anticipada de su contrato —que, en el caso de los agentes de seguros, no se regirá por el art. 15 LETA, sino por las reglas de la LCA y, sobre todo, por la Ley 26/2006—; o las condiciones contractuales aplicables, supuesto que aquél dejase de cumplir el requisito de la dependencia económica.

Las normas comunes del contrato del TRADE contemplan dos requisitos adicionales, de obligado cumplimiento para las partes. Se trata, en primer lugar, de la obligación de inscribir dicho contrato en el «registro con carácter informativo de contratos para la realización de la actividad económica o profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente» del Servicio Público de Empleo Estatal⁴⁵. Al respecto, recae sobre el TRADE la obligación de efectuar dicho registro, dentro de los diez días hábiles siguientes a la firma del contrato. Tras ello, deberá comunicar al cliente la inscripción en el plazo de los cinco días siguientes. Pero si dejase pasar más de quince días sin registrar el contrato, entonces será el cliente quien tendrá que hacerlo, dentro de los diez días hábiles siguientes. Existe además una particularidad

resolver este tipo de controversias. Al respecto, véanse SJS León de 6 de junio de 2008 (AS 1757), STSJ Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 2010 (JUR 393305) y STSud de 11 de julio de 2011 (cit., *supra*). También, STSud de 17 de enero de 2012 (RJ 3512), que declara asimismo su incompetencia, pero en este caso por tratarse de un contrato suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la LETA, respecto del cual ni se había producido la necesaria adaptación del contrato, ni se había cumplido con la preceptiva comunicación.

⁴⁴ De no formalizarse por escrito, el art. 12.4 LETA establece la presunción *iuris tantum* de que éste ha sido pactado por tiempo indefinido. A diferencia de lo que ocurre con el requisito de la comunicación, las STSud de 11 de julio de 2011 y de 12 de julio de 2011 (cit. *supra*) concluyen que la forma escrita no es un requisito *ad solemnitatem* y, por tanto, su omisión «determina simplemente una presunción *iuris tantum* de que nos encontramos ante un trabajador autónomo ordinario, mientras que el acogimiento a la forma escrita genera la presunción contraria a favor de la existencia de un trabajador autónomo económicamente dependiente».

⁴⁵ Véase art. 6 del RD 197/2009.

relativa a los agentes de seguros autónomos económicamente dependientes, pues la inscripción en el registro del Servicio Público de Empleo se realizará «sin perjuicio de la necesaria inscripción del agente de seguros en el Registro administrativo de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos», *ex art.* 10.2 del RD 197/2009; previsión que, aunque la norma no se haya actualizado en este sentido, debe hacerse asimismo extensiva a los TRADE auxiliares-asesores, toda vez que el art. 8.4 de la Ley 26/2006 exige que estos profesionales se inscriban en el «Registro administrativo de auxiliares-asesores». Por lo demás, y en segundo lugar, el art. 7 del RD 197/2009 impone la obligación al cliente de informar a los representantes legales de los trabajadores, caso de que los hubiese, sobre dicha contratación, en el plazo máximo de diez días hábiles.

V. LA TUTELA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE LOS CONFLICTOS DERIVADOS DEL CONTRATO DEL TRADE EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE MEDIACIÓN DE SEGUROS

De entre todas las garantías que contiene la normativa reguladora del trabajo autónomo económicamente dependiente, la que reviste mayor importancia es, a mi juicio, la atribución expresa al Orden social de la jurisdicción de «las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente»⁴⁶. Esta novedosa atribución competencial —sustrayendo a los órganos de la jurisdicción administrativa o civil su competencia para conocer de tales cuestiones— se ha visto reflejada en la propia Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), que, a su vez, ha aprovechado para modificar la letra de varios preceptos de la LETA. Y uno de esos cambios ha consistido en añadir al art. 17 LETA un nuevo inciso, en virtud del cual la jurisdicción social también será competente para conocer de las pretensiones tendentes al «reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente»⁴⁷, cuando el cliente se negase (de forma explícita o implícita) a formalizar el contrato de TRADE. La razón de ser de ésta y otras modificaciones, según el propio Preámbulo de la LJS, es mejorar la tutela jurisdiccional del TRADE ante las decisiones del empresario-cliente, que ostenta una «posición de preponderancia económica frente a ellos»⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. art. 17 LETA.

⁴⁷ Véase también art. 11*bis* LETA.

⁴⁸ El motivo queda plenamente justificado en su Preámbulo: «El planteamiento de la delimitación jurídica entre dos relaciones posibles de orden materialmente distinto, como son la relación civil o mercantil de servicios y la relación laboral, puede generar inconvenientes procesales con riesgo de pérdida de derechos para los demandantes. Se procura así establecer reglas para los supuestos... en los que el demandante, al accionar por despido, pueda pretender que la relación es laboral y no de trabajo autónomo económicamente dependiente, posibilitando que, con carácter eventual, y para el caso de desestimación de la primera, se ejerciten las acciones que corresponderían al tratarse de



En realidad, el Capítulo II del RD 197/2009 no contiene ninguna particularidad relativa a la tutela jurisdiccional de los contratos de los agentes de seguros y auxiliares autónomos económicamente dependientes. Se limita a recordar —con la tenaz insistencia a que nos somete el legislador en los últimos años, en aras a tratar de aliviar de algún modo la carga de trabajo de juzgados y tribunales— que aquéllos podrán someter las divergencias derivadas de su contrato TRADE a mecanismos de solución extrajudicial; y más en concreto, a «mediación y arbitraje»⁴⁹. De todas maneras, conviene señalar que el intento de conciliación o mediación ante el órgano administrativo correspondiente «será requisito previo para la tramitación de acciones judiciales en relación con el régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes», según dispone el art. 18.1 LETA. Por lo demás, el art. 102 LJS establece que las acciones del TRADE se encauzarán por la vía del proceso ordinario o, en su caso, a través de la modalidad procesal adecuada a la naturaleza de las pretensiones formuladas.

En fin, la consideración individualizada de las garantías otorgadas a la figura del TRADE permite concluir que la protección en que dichas garantías se traduce es insuficiente. Se trata, en buena parte de los casos, de derechos vacíos de contenido, cuya efectividad dependerá fundamentalmente de lo que al respecto disponga el acuerdo de interés profesional aplicable⁵⁰; supuesto además, que el TRADE hubiese expresado antes su conformidad en el contrato⁵¹. Y sin embargo, la valoración global de la normativa reguladora del TRADE ha de considerarse positiva, aunque sólo sea porque siempre es mejor que existan los derechos que en ella se contienen —aun siendo como son en gran medida testimoniales— a que simplemente no existan. Pero es que, en el concreto sector de la mediación de seguros privados, resulta que esta normativa cuenta con una virtualidad adicional, que en modo alguno debe pasar inadvertida. A diferencia de lo que ocurre en el caso de otros profesionales (por ejemplo, los transportistas), respecto de los cuales el legislador parece haber renunciado definitivamente a reconocerles una auténtica relación jurídico-laboral —lo que se enmarca dentro de un fenómeno mucho más complejo que se ha dado en llamar de «huida del Derecho del Trabajo»⁵²—, en el caso de los agentes de seguros

un trabajador en el régimen de autónomos, sin obligar a un nuevo procedimiento en esta segunda hipótesis. De otro modo, se puede generar, o bien el efecto de que se sigan dos procesos sucesivos cuando el primero no califica de laboral la relación, o bien de que precluya su derecho si no lo hizo valer en la primera ocasión». En congruencia con ello, el art. 2.d LJS confirma la competencia de los órganos del Orden social para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan «en relación con el régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva, de los trabajadores autónomos económicamente dependientes», incluidos los litigios que deriven del ejercicio por ellos de las reclamaciones de responsabilidad por daños y perjuicios en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

⁴⁹ Cfr. art. 11 del RD 197/2009.

⁵⁰ Véase art. 13 LETA.

⁵¹ Véase art. 4.2.e) del RD 197/2009.

⁵² Expresión ésta que no agota su contenido en las prácticas empresariales elusivas fraudulentas, cuyo fin no es otro que el evitar la aplicación de las normas de Derecho del Trabajo, sino que

económicamente dependientes puede hablarse de un intento de recuperación de esa laboralidad perdida, hasta ahora inédito en nuestro ordenamiento jurídico. Piénsese que si hay algo que ha diferenciado tradicionalmente al agente de seguros es «su carácter de independencia»⁵³, vinculándose a la empresa o empresas por cuenta de las que actúa a través de un contrato cuya naturaleza ha sido siempre mercantil. Y al atribuirse a la jurisdicción social los conflictos derivados del contrato entre el agente de seguros autónomo económicamente dependiente y la aseguradora en cuestión, la interpretación que los tribunales laborales hagan del régimen de dicho TRADE terminará encauzándose «hacia pautas y criterios propios de Derecho del Trabajo, acentuando así la influencia de éste en la nueva relación jurídica, por más que el ordenamiento laboral no sea de aplicación supletoria ni analógica en la materia»⁵⁴.

Recibido: 07-01-2013. Aceptado: 05-02-2013.



también se extiende al propio ordenamiento jurídico que «permite e incluso facilita esa huida» [cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huida del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, 1992-1, p. 87], arbitrando «espacios que permiten manifestaciones de trabajo en sí mismo regular, lícito, declarado y explícito que, sin embargo, no está sometido o sólo se somete parcialmente a las reglas del Derecho del Trabajo» (*ibid.*).

⁵³ Cfr. J. GARRIGUES, «Los agentes comerciales», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 83 (1962), p. 14. En la otra cara de la moneda está la subordinación, que «constituye el predicado a partir del que se configura el contrato de trabajo» [cfr. M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares (Granada, 2011), p. 3].

⁵⁴ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *El contrato del TRADE. La Ley y el Reglamento*, cit., p. 23.

EL DELITO DE ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

Judit García Sanz

Profesora de Derecho penal de la Universidad de La Laguna

RESUMEN

El desarrollo tecnológico ha generado un modelo social, cuyo progreso depende, en gran medida, de los sistemas de información y comunicación. En el mercado financiero la información se configura como un bien de gran valor. El análisis de los distintos elementos a partir de los cuales se define el delito de abuso de información privilegiada constituye el objeto de este trabajo. Dicho análisis se extiende a los bienes jurídicos; a la acción típica —el uso de la información en el propio beneficio—; al objeto de la misma —el secreto y/o la información privilegiada—; y, por último, a su consumación y a los problemas de autoría y participación.

PALABRAS CLAVE: Mercado de valores, delito de abuso de información privilegiada, secreto.

ABSTRACT

«The crime of abuse of privileged information». The technological evolution has generated a social model whose progress depends on information and communication systems. The information about financial markets is a crucial advantage. The analysis of the different elements from which the crime of abuse of privileged information is defined constitutes the aim of this work. This analysis extends to juridical protected goods; to the normal action —the use the privileged information for personal benefit—; to the object itself —the secret and/or privileged information—; and, finally, to its termination and authorship and participation problems.

KEY WORDS: financial market, crime of abuse of privileged information, secrets.

I. INTRODUCCIÓN

Existe un amplio debate sobre la necesidad y oportunidad de la intervención del Estado en la economía de mercado. La discusión entre los defensores de la idea de liberalización y los que mantienen la necesidad de una regulación del mercado financiero está presente desde las primeras propuestas de regulación del denominado Derecho penal económico.

El fracaso de la autorregulación y autodisciplina de los mercados se evidencia con los grandes escándalos financieros que han hecho patente la necesidad de



su regulación y control. Los efectos desestabilizadores de esta criminalidad sobre la economía mundial y su estrecha vinculación con el poder político se ponen de manifiesto en los casos Enron¹ y Madoff².

La necesaria intervención del Estado en este ámbito no contraviene lo previsto en art. 38 de la Constitución, donde se consagra la libertad de empresa, pues en un Estado social y democrático de Derecho compete a los poderes públicos garantizar el orden socio-económico establecido en la Constitución³. Tampoco cabe afirmar que la intervención del poder punitivo conlleve un peligro para la subsistencia de la actividad empresarial misma, pues supondría presumir que la economía española está basada en el fraude, el amiguismo y la corrupción⁴.

La reforma general del sistema financiero que se produce tras la Constitución también ha reflejado de forma paulatina la necesidad de dar transparencia al mercado y de acabar con el oportunismo y avaricia de unos pocos⁵.

¹ El «Caso Enron» supuso un gran golpe a la economía de mercado y evidenció que la avaricia de unos pocos puede suponer un mazazo para la economía mundial y constituye un verdadero paradigma de los efectos de la criminalidad económica. Enron Corporation, una empresa perteneciente al grupo de la energía, con aproximadamente 21.000 trabajadores y considerada una de las diez más sólidas en los Estados Unidos, reveló la existencia de mecanismos fraudulentos en el manejo de la información financiera con intervención directa de, hasta ese momento, una de las más prestigiosas empresas auditoras, Arthur Andersen. Los daños fueron cuantificados en setenta billones de dólares y supuso una victimización masiva sin precedente, pues produjo una caída de cotizaciones en los mercados financieros estadounidenses, una depresión del dólar y un rebote negativo de bolsas europeas. Abordan el estudio de este caso con detalle: A. Betancor Rodríguez, «El Caso Enron: Un análisis desde el Derecho público», *La Ley*, núm. 5, 2002, p. 1635 y ss.

² En el caso Madoff podemos observar cómo la actividad de Bernard Madoff, director de Madoff Investment Securities, una empresa sumamente reconocida en el sistema financiero norteamericano, le permitió obtener, mediante el conocido método de fraude piramidal, ganancias cercanas a los cincuenta millones de dólares americanos. V. «El caso Madoff», <http://www.blogahorro.com/2008/12/16/el-caso-madoff/>.

³ La propia Constitución en su art. 9.2 CE impone a los poderes remover los obstáculos para que la libertad e igualdad sean efectivas y ello implica también garantizar una igualdad entre los que participan en el mercado financiero.

⁴ En este sentido, J.A. CHOCLÁN MONTALVO, «Protección penal del sistema financiero», *La Ley*, núm. 4, 2003, p. 1885 y ss.; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal», ADPCP, 1981, p. 719.

⁵ Esta necesidad de intervención en el mercado bursátil no está tan presente en la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 que aborda una reforma total del mercado de valores español, de manera que es tras los grandes escándalos financieros cuando se apuesta por la protección del inversor y de la transparencia del mercado bursátil y se aprueba la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que establecen mecanismos de control para garantizar la transparencia del mercado. Esta dirección también se refleja en la Ley 26/2003, de 17 de julio, que modifica la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Sociedades Anónimas y refuerza la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas en el marco del Plan de Acción comunitario sobre modernización del derecho de sociedades y en la Ley 19/2003, de 4 de julio, por la que se establece un régimen jurídico de los movimientos de capitales en las transacciones económicas con el exterior. Esta Ley introduce unas «Normas Mínimas de Conducta» con la finalidad de «defender la absoluta prioridad de los intereses de los inversores» «...sobre los de las entidades actuantes» y «velar por la transparencia del mercado». Para el control del adecuado funcionamiento del mercado de valores se

En consecuencia, se apuesta por reforzar la confianza de los inversores y por una intervención cada vez mayor en un mercado cada vez más global⁶, en el cual la mayoría de los países dictan normas similares para garantizar la transparencia y proteger a los inversores, y para ello se recurre a normas tanto jurídico-privadas como administrativas y también penales, dada la importancia de los bienes jurídicos en juego.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS BURSÁTILES

La protección penal del mercado de valores ha sufrido una evolución fruto de la adaptación a la normativa europea y a las nuevas formas de criminalidad. La crisis financiera ha demostrado que la legislación administrativa de inspección y control ha sido insuficiente o ineficaz y se evidencia la necesidad de reforzar penalmente los mecanismos mercantiles y administrativos.

En este marco y dado el difícil encaje de las conductas que afectan al mercado bursátil en los tipos tradicionales, se han introducido progresivamente figuras delictivas que si bien suponen un importante avance, aún es necesario una revisión de los delitos bursátiles existentes, la introducción de nuevos tipos penales y la supresión de otros, como el delito de obstaculización de funciones supervisoras e inspectoras de la Administración tipificado en el art. 294 CP.

Entre los delitos bursátiles cabe englobar aquellas conductas que conllevan una puesta en peligro del correcto funcionamiento de los mercados financieros. Desde esta perspectiva, consideramos que cabe encuadrar en esta categoría no sólo al delito de utilización abusiva de información privilegiada (art. 285 CP), sino otras conductas que también pueden repercutir de forma negativa en los mercados financieros, como el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, manipulación informativa y manipulación operativa (art. 284 CP), el denominado delito de fraude de inversores de reciente introducción en el art. 282 bis) CP y otras figuras dispersas entre los delitos societarios, como el falseamiento de la información social (art. 290 CP) y la obstaculización de funciones supervisoras e inspectoras de la Administración (art. 294 CP).

Se discute cuál sea el bien jurídico protegido en estos delitos y, en consecuencia, si con la tipificación de estas conductas se intenta proteger los intereses de las empresas que recurren al ahorro, los intereses de los inversores y su patrimonio individual o el correcto funcionamiento del mercado financiero.

crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que es una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia a la que se encomienda la supervisión e inspección del mercado de valores.

⁶ Un hito importante en esta evolución hacia un marco económico globalizado fue la puesta en funcionamiento de un mercado europeo de capitales en 1992.



Otra cuestión que se plantea es la naturaleza de estas figuras delictivas, es decir, si son delitos de resultado o si se recurre a la técnica de los delitos de peligro, de manera que debe darse al menos la posibilidad de puesta en peligro sin que sea necesario que se produzca una efectiva lesión.

Los delitos bursátiles también se presentan en su mayoría como delitos especiales propios, de manera que sólo pueden ser cometidos por personas que tengan una relación especial de sujeción, planteándose problemas de impunidad en aquellos casos en que la conducta es realizada por un *extraneus*.

Otro problema común a los denominados delitos bursátiles es que la intervención del legislador en este ámbito no supone un efectivo cumplimiento del principio de proporcionalidad, pues las penas son en muchos casos insuficientes y la comisión de los mismos en pocas ocasiones suponen un ingreso en prisión, sino que en la mayoría de los casos son suspendidas o sustituidas por multa.

La doctrina pone de manifiesto la necesidad de que las penas en estos delitos no sean de menor entidad que las previstas para delitos que agotan su lesividad en el concreto patrimonio individual⁷. Los escándalos financieros han evidenciado que estos delitos pueden causar a la ciudadanía perjuicios muchísimo más graves que los tipos penales denominados tradicionales pero la respuesta penal que da el legislador a estas conductas es a lo sumo igual⁸.

Se ha discutido sobre el fundamento y sentido de la aplicación de las penas en el ámbito de la delincuencia económica y se ha afirmado que el delincuente económico o de cuello blanco no requiere de resocialización y menos de resocialización carcelaria. Frente a ello, se argumenta que todo delincuente necesita reeducación porque al delinquir demuestra la no aceptación de las normas jurídico-penales⁹. No obstante, en lo que sí que está de acuerdo la mayor parte de la doctrina es en el efecto intimidatorio de la prisión sobre los denominados delincuentes de cuello blanco, en los que la prisión cumple un efecto preventivo general incluso más elevado que para el común de los delincuentes¹⁰, de manera que en los delitos socio-económicos no se debería prescindir de la pena de prisión, pues cumple un efecto intimidatorio importante con independencia de la discusión sobre la falta de efecto resocializador de las penas cortas¹¹.

Una pena también muy adecuada en los delitos bursátiles es la de inhabilitación profesional y debería estar prevista como pena principal, pues la mayoría

⁷ R. DE VICENTE MARTÍNEZ, «Sanciones y reparación en el Derecho penal económico», *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, p. 190.

⁸ Así, en la reciente reforma del CP operada por LO 5/2010, de 22 de diciembre, el legislador ha querido equiparar las penas del nuevo delito de fraude de inversores a las de la estafa del art. 248 CP e incluso coincide la pena del tipo agravado por notoria gravedad.

⁹ Sobre ello, v. DE VICENTE MARTÍNEZ, «Sanciones y reparación en el Derecho penal económico», *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, p. 191 y ss.

¹⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, «Sanciones y reparación en el Derecho penal económico», p. 192.

¹¹ V. K. TIEDEMANN, «La criminalidad económica como objeto de investigación», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 19, 1983, p. 179.



de ellos son delitos especiales en los que el sujeto activo se vale del ejercicio de su profesión para cometerlos¹².

En cambio, las penas pecuniarias son ineficaces en los delitos bursátiles¹³, por lo que no es una pena idónea en este campo y en todo caso debería aparecer como pena cumulativa y no alternativa, de manera que se impusiera de forma conjunta con la pena de prisión e inhabilitación¹⁴.

En consecuencia, consideramos que en estos delitos se deben aplicar penas de prisión e inhabilitación, pues de otro modo no se cumpliría de forma adecuada la función de prevención general y especial. Las penas pecuniarias son absolutamente ineficaces en los delitos bursátiles, así en aquellos casos en que se opte por la sustitución en aplicación del art. 88 CP, sería más conveniente optar por los trabajos en beneficio de la comunidad, que consistiría en imponer al condenado el desarrollo de diversos trabajos en beneficio de la comunidad¹⁵.

III. USO ABUSIVO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL MERCADO DE VALORES

El uso de información privilegiada se incorpora en el Código penal de 1995 en su art. 285¹⁶ y su origen se encuentra en la Directiva de la CEE 89/592 de 13 de noviembre, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada¹⁷ que fue derogada y sustituida por la Directiva 2003/6 de 28 de enero sobre las operaciones con información privilegiada y la

¹² En este sentido, es criticable que el legislador no haya previsto en el novedoso delito de fraude de inversores del art. 282 bis) la pena de inhabilitación para los administradores de hecho o de derecho como sí hace en el delito de abuso de información privilegiada del art. 285 CP.

¹³ Apuesta por las penas de prisión, pues entiende que el círculo de autores de los delitos económicos son insensibles a las penas pecuniarias, J. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 29.

¹⁴ En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, «Sanciones y reparación en el Derecho penal económico», p. 192, afirma que las penas privativas de libertad son un «instrumento irrenunciables en la lucha contra la delincuencia económica».

¹⁵ Como afirma K. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 165, el elemento específico de los trabajos en beneficio de la comunidad en los delitos económicos está constituido por el hecho de que esa delincuencia se dirige contra bienes jurídicos supraindividuales de la comunidad.

¹⁶ Este precepto fue modificado por LO 15/2003, de 25 de noviembre. La LO15/2010, de 22 de junio, no ha modificado el art. 285 pero, como se expondrá, sí su régimen de perseguibilidad por vía del art. 287 CP. Con anterioridad al CP95, en relación sólo a los funcionarios públicos se castigaba en el art. 368 CP73 la utilización abusiva de información privilegiada.

¹⁷ La Directiva 592/1989, después de advertir en su Exposición de Motivos que «en algunos Estados miembro no hay normativa que prohíba las operaciones con información privilegiada», en su art. 13 establece: «Cada estado miembro establecerá sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones adoptadas en ejecución de la presente Directiva. Dichas sanciones deberán ser suficientes para iniciar al respeto de tales disposiciones».



manipulación del mercado¹⁸. En consecuencia, la redacción actual es fruto del proceso de armonización que ha sufrido esta figura delictiva en el ámbito de la Unión Europea¹⁹.

Frente a la tradicional idea de libertad del mercado financiero, se impone la necesidad de protección del buen funcionamiento del mercado financiero y de introducir límites para garantizar la transparencia y la igualdad de todos los operadores y, en especial, de los inversores y accionistas para evitar el grave problema que supondría «la deserción de los inversores de la rueda por estimar que sólo algunos privilegiados obtienen beneficios»²⁰.

Así, la tipificación expresa del delito de abuso de información privilegiada viene a garantizar una característica esencial que debe ostentar el mercado de valores y es que ninguno de sus participantes pueda ser tan importante como para influir en la libre formación de los precios, lo que implica que todos los inversores tengan igual acceso y sin coste alguno a la información relevante para tomar una decisión razonable.

En consecuencia, la peligrosidad de estas conductas y los bienes jurídicos implicados justifican la necesidad de tipificar el delito de abuso de información privilegiada²¹. No obstante, el Derecho penal deberá actuar frente a las conductas

¹⁸ La Directiva 2003/6, conocida como Directiva sobre abuso del mercado, recomienda: «adoptar normas coordinadas para combatir tanto las operaciones con información privilegiada como la manipulación del mercado», de forma que se garantice «la integridad de los mercados financieros comunitarios» y se aumente «la confianza de los inversores en dichos mercados».

¹⁹ Se ocupan de ello también la Directiva comunitarias 2003/124/CE de 22 de diciembre de 2003 y la 2004/72/CE de 29 de abril de 2004.

²⁰ J. HURTADO POZO, «El delito de explotación de información privilegiada en el Código Penal Suizo», *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor al Prof. Klaus Tiedemann*, 1995, p. 7.

²¹ La mayoría de la doctrina acoge de forma positiva el castigo de determinadas conductas graves e intolerables de uso de información privilegiada. Así, A. MONROY ANTÓN, *El delito de abuso de información privilegiada en el Mercado de valores*, Dijusa, Madrid, 2006, p. 67; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Obstrucción a la labor de organismos inspectores o supervisores», *Estudios de Derecho penal económico*, Madrid, 2009, p. 201; C. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «Los delitos bursátiles», *La Ley*, monografía núm. 7, 2011, p. 263 y ss. No obstante, la introducción de esta figura delictiva no ha tenido apenas reflejo en la jurisprudencia y los pronunciamientos son escasos. Así, la Sentencia 34/2003, de 31 de enero, del Juzgado de lo Penal núm. 27 de Madrid condena al acusado por el delito de uso de información privilegiada, si bien en atención a la confesión del acusado y a haber disminuido los efectos del daño se apreció una circunstancia atenuante y se le impuso al acusado solo una pena de multa. En cambio, la AP de Barcelona, en su auto de 4 de enero de 2010, confirma el archivo de las diligencias incoadas, al no resultar debidamente acreditada la acción típica y afirma en relación al acceso a la información privilegiada que «tal conocimiento por sí mismo no constituye elemento típico alguno relacionado con el delito del art. 285 CP, si no es posible relacionarlo con una transmisión de la misma información a quien pudiera aprovecharse de la misma». El denominado caso de «tabacalera» enjuiciado en STS 1136/2010, de 21 de diciembre, tampoco culmina en una condena por el delito de abuso de información privilegiada al declararse la prescripción del delito.

más graves, sin perjuicio de que la mayoría de los casos, conforme al principio de intervención mínima, se mantengan en el ámbito administrativo²².

Frente a ello, un sector de la doctrina se muestra contrario a la penalización del delito de uso de información privilegiada y estima que es suficiente la figura relativa al funcionario público (art. 442 CP) y que el resto de los supuestos deberían castigarse sólo con sanciones de tipo administrativo de la Ley del Mercado de Valores²³.

El bien jurídico protegido en esta figura delictiva es, como en el resto de delitos bursátiles, el correcto funcionamiento del mercado de valores²⁴, pues la transparencia del mercado garantiza a los inversores la concurrencia en condiciones de igualdad y que los precios sean consecuencia de la normal evolución de la contratación²⁵. La confianza de los inversores en la transparencia del mercado sería una pieza fundamental para el mantenimiento de la económica cuyo eje fundamental es el mercado financiero.

No obstante, esta no es una cuestión unánime en la doctrina sino que se discute si con la tipificación de este delito se pretende proteger otros bienes como los intereses de las empresas que recurren al ahorro, la igualdad de posibilidades de los participantes en el mercado de valores u otros intereses de los inversores y, en concreto, su patrimonio individual.

Las denominadas teorías norteamericanas consideran que con el delito de *insider trading* se pretende proteger el deber de lealtad o fidelidad a la empresa²⁶,

²² El art. 285 CP establece la necesidad de obtener un beneficio económico de 600.000 euros. Esta referencia se configura como elemento diferenciador entra la infracción penal y administrativa, de manera que sólo se castigarán como delito las modalidades más graves e intolerables de uso de información privilegiada.

²³ Se muestran contrarios a la tipificación del delito de abuso de información privilegiada, M. BAJO FERNÁNDEZ/ S. BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2ª ed, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 517 y ss., consideran que las sanciones penales son excesivas y superan con creces el límite del principio de intervención mínima y califican al art. 285 de precepto «lamentable» y de «cuerpo extraño» dentro del Derecho penal económico.

²⁴ Entre otros, se inclinan por esta tesis: P. FARALDO CABANA, *Comentarios al Código Penal*, M. Gómez Tomillo (dir.), Lex Nova, Madrid, 2011, §1; C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 283 y ss.; MONROY ANTÓN, *El delito de abuso de información privilegiada en el Mercado de valores*, p. 167 y ss.; QUINTANAR DÍEZ, *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2006, p. 31 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Obstrucción a la labor de organismos inspectores o supervisores», p. 201. A esta tesis se aproxima también la STS 2299/09, de 9 de diciembre de 2010, donde se afirma que el bien jurídico protegido en este delito es el funcionamiento del mercado en condiciones de transparencia y con garantía de igualdad de oportunidades para todos los inversores.

²⁵ Como pone de manifiesto BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, p. 523, los elementos claves del bien jurídico «normal funcionamiento del mercado y la igualdad de inversores y operadores en Bolsa» giran alrededor de tres elementos: la transparencia, los precios y los inversores.

²⁶ En el derecho español, esta tesis fue admitida por M. BAJO FERNÁNDEZ, «Uso de información privilegiada», *Empresa y Derecho penal (II)*, CDJ, Madrid, p. 131.



pues la información pertenece a la sociedad cotizada y utilizarla para obtener un beneficio particular sería faltar al deber de lealtad para con la empresa.

No obstante, aunque no cabe duda de que los intereses de las empresas pueden verse perjudicados en aquellos casos en que determinadas personas se aprovechen del conocimiento de información confidencial de la empresa a la que accede por su posición en la misma, perturbando así el funcionamiento de la empresa y su reputación en el mercado, el objeto de protección es el correcto funcionamiento del mercado financiero y por ello surge la necesidad de proporcionar una mayor transparencia y de que las empresas informen sobre sus actividades y resultados obtenidos en aras de una mayor transparencia y mejor protección de los accionistas.

También se ha defendido que lo que se pretende proteger en este delito es el patrimonio individual de los inversores o de las empresas emisoras de valores²⁷. No obstante, si bien el uso puede provocar perjuicios patrimoniales al resto de inversores, lo que se protege no es ese bien individual sino un bien jurídico colectivo constituido por el correcto funcionamiento del mercado. De manera que el art. 285 CP no se orienta a proteger el perjuicio que la utilización de información privilegiada puede provocar en los patrimonios individuales sino el daño que ello causa al todo el sistema económico que tiene como eje el mercado de valores.

Otros consideran que la igualdad de posibilidades de los participantes en el mercado de valores sería el interés prioritario necesitado de protección penal²⁸, de modo que todo inversor cuente con la misma información y la utilización de la información privilegiada por parte de unos pocos supondría la quiebra de esa igualdad²⁹.

En nuestra opinión, lo que se protege no es la igualdad de oportunidades de los inversores sino el correcto funcionamiento del mercado de valores, la transparencia de este mercado permitiría acceder a la información en un plano de igualdad y evitar así que unos pocos inversores con información privilegiada se enriquezcan en detrimento del resto.

En consecuencia, la doctrina mayoritaria considera también que el bien jurídico objeto de protección en este delito es el correcto funcionamiento del mercado de valores, si bien muchos ponen de manifiesto que en este delito también entran en consideración de forma indirecta otros intereses como la transparencia del mercado y la confianza de los inversores³⁰.

²⁷ P. FARALDO CABANA, «Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores en el proyecto de Código penal de 1994», *EPC*, XVIII, 1994-1994, p. 62 y ss., quien considera que los intereses patrimoniales de los inversores se tutelan de forma indirecta aunque reconoce la dificultad de determinar la existencia de dicho perjuicio.

²⁸ Así, A. GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, Barcelona, 1997, p. 269. En este sentido, algún autor considera que lo que se protege es la «conurrencia en condiciones de igualdad de todos los inversores», F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 18ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 523 y ss.

²⁹ La LMV señala en el art. 13 señala como cometido de la CNMV «la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores».

³⁰ Así, ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «Los delitos bursátiles», p. 263.



En cuanto a la naturaleza, consideramos que el tipo básico incorpora un delito de peligro abstracto, pues entendemos que la obtención del beneficio no es un resultado típico sino que tiene la consideración de condición objetiva de punibilidad³¹.

Este delito se configura como delito especial propio³², pues el art. 285 CP requiere que se haya tenido acceso reservado «con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial», es la figura importada del derecho anglosajón del «insider trading». La referencia a la actividad profesional determina que sólo puedan ser autores del mismo aquellas personas que hayan accedido a la información relevante en virtud de su actuación profesional, es decir, los llamados «insider primarios», que en palabras de FOFFANI³³ serían «quienes como consecuencia de su participación en el patrimonio de la sociedad emisora o del ejercicio regular de su cargo, profesión o función han tenido conocimiento de una información reservada». No obstante, cabrá hacer responsables como partícipes a los *extraneus* en aplicación del art. 65.3 CP.

La doctrina considera acertado la configuración como delito especial, pues consideran que en el caso de que los autores no tengan relación profesional o empresarial con los mercados financieros, será muy difícil que puedan alterar el correcto funcionamiento del mercado³⁴.

No obstante, de *lege ferenda* también deberían considerarse autores los llamados «insider secundarios» (o «tippees»), es decir, aquellas personas que han obtenido la información a través de los *insider* primarios³⁵, de modo que no quedara impune la figura del receptor secundario que usa (o suministra a un tercero) la información reservada que recibe del primario³⁶, pues dichas conductas podrían afectar al bien jurídico protegido e incluso de forma relevante en los casos en que la información se divulga a través de medios de comunicación o internet, causando así un grave perjuicio.

En consecuencia, debería modificarse este precepto de manera que permitiera el castigo de cualquier persona que acceda a dicha información (por ejemplo, porque se lo ha comunicado el iniciado) y se aproveche de dicha información reservada y

³¹ V. n. 57 y 58.

³² La doctrina considera que se trata de un delito especial propio con base en el criterio de la profesionalidad requerido en el art. 285 CP. Así, entre otros, FARALDO CABANA, *Comentarios al Código Penal*, §1.

³³ L. FOFFANI, «Delitos bancarios y bursátiles», *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, K. Tiedemann (dir.), Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p. 114.

³⁴ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «Los delitos bursátiles», p. 57.

³⁵ En este sentido, la Directiva 2003/6 acoge un punto de vista amplio, pues prevé una serie de obligaciones dirigidas a los Estados miembros y encaminadas a prohibir «revelar información privilegiada o hacer recomendaciones» no sólo a los profesionales que «con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial», sino que extiende la prohibición de utilización de información privilegiada «a cualquiera que la posea y cualquiera que haya sido la forma de su adquisición».

³⁶ Algunos de estos casos podrían subsumirse en el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, si bien aunque podría abarcar al receptor secundario al ser un delito común, por lo general faltará el elemento subjetivo del delito del art. 284 CP, pues por lo general el iniciado no pretende alterar los precios del mercado.



obtenga para sí o para un tercero (que tampoco sea el iniciado) un beneficio económico, pues estas conductas de los denominados «outsiders» también son susceptibles de alterar el correcto funcionamiento del mercado de valores³⁷, sin perjuicio de que la consideración de profesional pudiera constituir un efecto de agravación del delito³⁸.

En todo caso, la referencia que hace el art. 285 CP a la «actividad profesional» excluye a los funcionarios de la CNMV u otros funcionarios que serían castigados en virtud del art. 442 CP.

En los casos en que lo que se divulgue sean noticias «falsas» que puedan alterar las cotizaciones en bolsa y, especialmente, cuando se haga a través de la prensa o en internet, resultará aplicable el art. 284 CP³⁹.

La consideración del bien jurídico supraindividual «correcto funcionamiento del mercado de valores» en el sentido antes expuesto, determina que el sujeto pasivo de este delito sea no sólo la colectividad difusa de inversores sino la comunidad en general⁴⁰ y no un particular, que nunca podrá ser perjudicado patrimonialmente por la ejecución del delito.

El objeto material de este delito viene constituido por la «información privilegiada» o en palabras del 285 CP «información relevante» que se separa del término utilizado en la legislación del mercado de valores y en las Directivas comunitarias.

El art. 285 no ofrece un concepto de lo que se debe entender por información relevante, por lo que, para determinar lo que deba entenderse por información privilegiada, debemos acudir a la legislación interna y comunitaria.

El CP ofrece un concepto de «información privilegiada» en el art. 442.2 CP en relación al delito de uso de información privilegiada en la función pública y dispone: «A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada».

Por su parte, la LMV en su art. 81.1 declara que «se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los compren-

³⁷ Así, CHOCLÁN MONTALVO, «Protección penal del sistema financiero», en http://www.datadiar.com/actual/novedades_05/penal/blanqueo/d_oct_03.htm, p. 4, plantea la oportunidad político-criminal de ampliar el círculo de posibles sujetos del delito también a los outsiders que incumplen el deber de abstención en una operación de importante entidad económica. En sentido similar, MONROY ANTÓN, *El delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores*, p. 83, quien se muestra partidario de la ampliación del círculo de autores en este delito a todos aquellos que utilizasen abusivamente la información privilegiada en beneficio propio.

³⁸ En esta línea, en el proyecto de eurodelitos se considera como autores tanto los «insider primarios» como los llamados «insider secundarios» y para ellos prevé una pena menos grave que para los primarios. Sobre ello, v. FOFFANI, «Delitos bancarios y bursátiles», p. 115.

³⁹ Éste es el caso planteado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores que puso en conocimiento del Ministerio Fiscal, la conducta de un particular que en un chat de Internet, difundió noticias falsas acerca de una empresa del sector de la biotecnología (Puleva Biotech), que provocó una alteración sustancial del valor de cotización de sus acciones.

⁴⁰ V. FARALDO CABANA, Comentarios al Código Penal, §1.



didados dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación».

En sentido similar, la Directiva 2003/6/CE define en su art. 1 lo que deba entenderse por información privilegiada del modo siguiente: «la información de carácter concreto, que no se haya hecho pública, y que se refiere directa o indirectamente a uno o varios emisores o instrumentos financieros derivados relacionados con ellos» y añade que también se considerará información privilegiada «toda información transmitida por un cliente en relación con sus propias órdenes pendientes, que sea de carácter concreto, y que se refiera directa o indirectamente a uno o varios emisores o instrumentos financieros o a uno o varios instrumentos financieros y que, de hacerse pública, podría tener repercusiones significativas en los precios de dichos instrumentos financieros o en los precios de instrumentos financieros derivados o relacionados con ellos».

Por su parte, la Directiva 2003/124/CE precisa este concepto al disponer en su art. 1 que la información «es de carácter preciso si indica una serie de circunstancias que se dan o pueden darse razonablemente o en un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca, cuando esa información sea suficientemente específica para permitir que se pueda llegar a concluir que el posible efecto de esa serie de circunstancias o hecho sobre los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes» y declara en este mismo artículo que se entenderá por información privilegiada aquella «información que, si se hiciera pública, tendría un efecto significativo en los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes» y añade «la información que podría utilizar un inversor razonable como parte de la base de sus decisiones de inversión».

En definitiva, tanto la LMV como las Directivas comunitarias ofrecen un concepto similar de información privilegiada que presenta como notas características: a) la información tiene que ser de carácter concreto y no hecha pública; b) se refiera a un valor, instrumento financiero o al propio emisor; c) para que se considere relevante debe ser susceptible de influir en la cotización de un valor o instrumento financiero.

En consecuencia, cabe definir la información privilegiada a efectos del art. 285 CP como «aquella información de carácter concreto no conocida públicamente cuyo conocimiento público pudiera ser idóneo para influenciar la cotización de los títulos valores o instrumentos financieros».

La relevancia que la información reservada pueda tener en la cotización de un valor en caso de hacerse pública, debe considerarse desde una perspectiva «*ex ante*», de modo que fuera previsible que dicha información hubiera afectado a la cotización de un valor mobiliario o instrumento financiero⁴¹.

⁴¹ J. BONILLA PELLA, *Memento Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 598.

El art. 285 CP requiere que dicha información tenga como objeto «valores o instrumentos negociados», haciendo referencia con ello a cualquier clase de «valores o instrumentos negociados». La referencia a «valor» se configura como elemento normativo y se define en el art. 2 del RD 291/1992, de 27 de marzo, y abarcaría tanto las obligaciones emitidas en sus distintas modalidades como las acciones de sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones, los títulos de la Deuda pública, las cédulas y bonos hipotecarios, derechos de suscripción, participaciones en fondos de inversión, etc. Por otra parte, la referencia a «instrumentos» es sumamente amplia, con lo que daría cabida a cualquier instrumento financiero que incorpore derechos económico-financieros.

Por último, el art. 285 CP añade «negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido», por lo que podría aplicarse en todos los posibles mercados financieros donde puedan negociarse valores o instrumentos financieros y en este sentido el art. 285 CP alude a «mercado organizado, oficial⁴² y reconocido» en vez de referirse a «mercado de valores» tal y como hace el art. 1 LMV. No obstante, hubiera sido más conveniente aludir a «mercado de valores» como la LMV, pues tal redacción supone la exclusión de lo que no se detalla, así por ejemplo no se hace referencia a los mercados regulados⁴³.

La conducta típica se describe de forma alternativa y consiste en usar o suministrar dicha información relevante, de manera que se castiga hacer «uso» de la información privilegiada y también «suministrar» información con el mismo propósito. El uso debe ser entendido como abuso, es decir, como una utilización indebida⁴⁴, como una «negociación» indebida⁴⁵ y por eso se denomina este delito como «abuso de información privilegiada».

La doctrina considera que estos verbos son eminentemente activos, de manera que el legislador no ha querido dar cabida a su comisión por omisión⁴⁶, como podría ser no llevar a cabo una operación que tenía planificado hacer debido a una información relevante que hubiera conocido antes de la operación⁴⁷.

⁴² El carácter oficial supone que las funciones de inspección y supervisión se lleven a cabo por instancias de tipo institucional (Banco de España, CNMV).

⁴³ En este sentido, ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «Los delitos bursátiles», p. 272.

⁴⁴ FARALDO CABANA, *Comentarios al Código Penal*, §3.

⁴⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 289.

⁴⁶ Entre otros, consideran que no cabe la realización de este delito en comisión por omisión, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, p. 528; CHOCLÁN MONTALVO, «Protección penal del sistema financiero», p. 4; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, p. 289.

⁴⁷ En cambio, FARALDO CABANA, *Comentarios al Código Penal*, § 3, considera que estos casos en los que se deja de realizar una operación que se tenía pensado efectuar («insider non trading»), también estarían abarcados dentro del verbo «usar», si bien reconoce la dificultad de prueba de esta modalidad.

El verbo «suministrar» debe interpretarse en el sentido de «comunicar» la información reservada a un tercero, de manera que se incluye⁴⁸ con la finalidad de abarcar aquellos supuestos en que el iniciado primario no usa la información sino que la comunica a otro para que éste sea el que explote la información privilegiada, si bien la interpretación gramatical del precepto obliga a que la obtención del beneficio sea imputada al propio iniciado primario⁴⁹. No obstante, no será suficiente el simple consejo para efectuar una determinada operación⁵⁰.

El art. 285.2 CP establece unos tipos agravados, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas; b) Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia. c) Que se cause grave daño a los intereses generales.

La incorporación de estas circunstancias hace necesaria una interpretación que delimite el alcance del concepto «habitualidad», lo que deba entenderse por «notoria importancia» y por «grave daño a los intereses generales», sin que hasta el momento exista jurisprudencia al respecto.

Respecto a la «habitualidad», el legislador no recoge un concepto específico para este delito a diferencia de en otros delitos del CP (por ejemplo, art. 173.2 CP). No obstante, el CP ofrece concepto de habitualidad en su art. 94 CP al disponer que «se consideran reos habituales los que hubiesen cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello»⁵¹. Se trata de una circunstancia de índole subjetiva y personal, así que no se comunicará a los coautores o partícipes (art. 65.1 CP).

La segunda circunstancia fundamenta la agravación en «que el beneficio obtenido sea de notoria importancia»⁵². Lo que deba entenderse por notoria importancia debe determinarse jurisprudencialmente. No obstante, ante la falta de pronunciamientos jurisprudenciales sobre ello, algunos autores consideran que sería aplicable en aquellos casos en que el beneficio supere los tres millones de euros, si bien otros estiman conveniente fijarlo en seis millones de euros, como resultado de

⁴⁸ Esta referencia no se incluía en el Proyecto de 1992, sino que se incorpora en el Proyecto de CP de 1994.

⁴⁹ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, p. 290, considera que gramaticalmente no hay otra interpretación posible, pues argumenta que «si la proposición subordinada de gerundio no lleva otro sujeto expreso, hay que entender siempre que el sujeto de dicha oración es el mismo que el de la proposición principal. Y máxime cuando ello (como sucede en este caso) parece reforzado en el texto legal con un reflexivo ‘obteniendo para sí...’».

⁵⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, p. 290.

⁵¹ Sobre la cuestión de la habitualidad v. M. ALONSO ÁLAMAQ, «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», *Estudios Penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, pp. 55-73.

⁵² Llama la atención que el tipo aluda a beneficio sin referencia alguna a los casos en que el perjuicio sea de notoria importancia, en sentido similar al tipo básico que se configura de modo alternativo como beneficio obtenido o como perjuicio causado.



multiplicar por diez el importe del beneficio de 600.000 euros exigido en el tipo básico⁵³.

La tercera circunstancia agrava la pena cuando «se cause grave daño a los intereses generales», y no tiene que ser necesariamente de contenido económico sino que siendo aplicable, por ejemplo, en aquellos casos en que la actuación suponga una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema financiero⁵⁴, sin que quepa entender la referencia a «daño» como efectiva lesión del bien jurídico⁵⁵.

Sólo se castiga la comisión dolosa, si bien sería suficiente el dolo eventual⁵⁶. El dolo tendrá que abarcar todos los elementos del tipo, por lo que será necesario que el sujeto activo conozca que está utilizando una información privilegiada, y de un valor negociado en el mercado de valores pero no el beneficio o perjuicio de 600.000 euros, salvo que se considere que es un resultado típico y no una condición objetiva de punibilidad.

En los casos de error sobre alguno de los elementos normativos del tipo, la conducta quedará impune, pues el delito de abuso de información privilegiada sólo se castiga en su forma dolosa y no se tipifica la comisión imprudente.

El art. 285 CP establece la necesidad de obtener un beneficio económico de 600.000 euros. Esta referencia se configura como elemento diferenciador entre la infracción penal y administrativa, y mientras que un sector doctrinal le atribuye naturaleza de condición objetiva de punibilidad, de modo que quedaría impune la tentativa⁵⁷, otros autores entienden que la referencia a dicha cantidad es un mero elemento cuantitativo del tipo, debiendo ser abarcado por el dolo y, en consecuencia, consideran posible el castigo de la tentativa⁵⁸.

⁵³ QUINTANAR DÍEZ, Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles, p. 75.

⁵⁴ V. FARALDO CABANA, *Comentarios al Código Penal*, § 9; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte especial, p. 295 y ss.

⁵⁵ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte especial, p. 297.

⁵⁶ Así, FARALDO CABANA, *Comentarios al Código Penal*, § 5; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte especial, p. 293.

⁵⁷ Consideran que es una condición objetiva de punibilidad, V. MAGRO SERVET, *Delitos socioeconómicos*, El Derecho, Madrid, 2011, p. 157 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, p. 523 y ss.; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «Los delitos bursátiles», p. 279. Esta también parece ser la tesis sostenida en el Auto de la AP Madrid de 14 de febrero de 2006, que declara que «nos encontramos ante una categoría de delitos que podrían ser clasificados como de peligro, ya que el solo uso de la información produce la lesión del bien jurídico que es la confianza en el buen funcionamiento del mercado de valores».

⁵⁸ Defiende la consideración de elementos del tipo de los límites cuantitativos utilizados en los delitos económicos, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, p. 527, para quienes el beneficio o perjuicio descrito en el art. 285 CP «son auténticos resultados que deben ser abarcados por el dolo, producidos causalmente e imputables a la conducta del autor. De ahí que el delito quede consumado cuando efectivamente se produzca dicho resultado»; FARALDO CABANA, *Comentarios al Código Penal*, § 4; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte especial, p. 292 y ss.; EL MISMO, *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 566 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Obstrucción a la labor de





En nuestra opinión, la introducción de esta cláusula cuantitativa obedece a motivos político-criminales y cabe esgrimir en favor de su consideración como condición objetiva de punibilidad razones gramaticales, pues si el delito fuese de resultado no debería haberse utilizado el verbo en gerundio sino que debería haberse referido el tipo a «usare para obtener» u «obtuviere» y también razones lógico-sistemáticas, con base en la interpretación de las cláusulas de cuantías previstas en los delitos de defraudación tributaria y fraude de subvenciones. Asimismo, el bien jurídico de este delito no es el patrimonio sino un bien jurídico colectivo, por lo que la obtención del beneficio no supone la lesión del bien jurídico sino que obedece a motivaciones político-criminales. Además, la tesis del resultado típico conduciría a una injustificada impunidad, pues habría que probar que el dolo del autor abarcó la producción de un resultado superior a 600.000 euros, si bien podría paliarse esa situación si se admite el dolo eventual.

En cuanto a la determinación del momento en el que se produce el beneficio o el perjuicio, la doctrina mayoritaria considera que se produce con el incremento del valor de los títulos adquiridos, es decir, desde el momento en que los valores adquiridos suben de cotización sin que sea relevante la liquidación de dicha plusvalía mediante la venta de las acciones tras el incremento de valor, pues como pone de manifiesto RODRÍGUEZ MOURULLO, el valor del patrimonio del beneficiario se ve incrementado con la mera subida de cotización⁵⁹ y la liquidación no es más que un cambio en el objeto que encarna dicho valor (de acciones cotizadas a moneda de curso legal), pero no incrementa su valor⁶⁰.

La consideración de esta figura como delito especial propio determina que sólo pueda ser autor el que haya recibido la información relevante por su actuación profesional, si bien cabrá apreciar formas de participación en el caso de los *extraneus*.

La mención que se hace en el tipo a la utilización de información «de forma directa o por persona interpuesta» se introduce para abarcar todas las operaciones realizadas a través de fiduciarios y hombres de paja, sean personas físicas o jurídicas, no obstante, dichas situaciones darían lugar a supuestos de autoría mediata, por lo que dicha cláusula no es indispensable⁶¹.

La posibilidad del castigo de la tentativa dependerá de la consideración del elemento cuantitativo de 600.000 euros como resultado típico, en cuyo caso deberá estar abarcado por el dolo y cabrá apreciar supuestos de tentativa. En cambio, si consideramos que la causación del perjuicio no es resultado típico, sino mera condición objetiva de punibilidad, el delito se consumará con el solo uso de la información privilegiada, con independencia de la obtención de dicho beneficio.

organismos inspectores o supervisores», p. 206, que aunque reconoce que la tesis de la condición objetiva de punibilidad progresa en la doctrina, se decanta por la tesis del resultado.

⁵⁹ Según la normativa tributaria, esa plusvalía debe ser declarada en el Impuesto sobre el Patrimonio y sometida a la correspondiente tributación.

⁶⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, «Obstrucción a la labor de organismos inspectores o supervisores», p. 207 y ss.

⁶¹ BONILLA PELLA, Memento Penal Económico y de la Empresa, p. 600.

Esta discusión también será relevante para el cómputo de la prescripción, de manera que si se entiende que la obtención de beneficio o causación de perjuicio es un resultado típico, el momento de la producción del mismo determinará el *dies a quo* relevante para el cómputo de la prescripción⁶². En cambio, si estimamos que la referencia al perjuicio o beneficio es una mera condición objetiva de punibilidad y que el delito queda consumado en el momento del uso o transmisión de la información, este momento determinará también el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción.

La pena a imponer será de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años.

En nuestra opinión, la pena prevista es adecuada para conseguir los fines de prevención general y especial en estos delitos, de manera que sólo si las condenas se traducen en efectivos ingresos en prisión se consigue dicho efecto intimidatorio, dado la ineficacia de la multa en estos delitos⁶³.

A diferencia del resto de los delitos bursátiles y de lo habitual en el CP, se acude al sistema de multa proporcional (multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido), esto se justifica con base en las enormes ganancias que se pueden obtener con el uso de información privilegiada que hacen que el sistema de días multas sea ineficaz.

Por último, se prevé de forma cumulativa a la prisión y la multa, una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años⁶⁴. Es un acierto que se prevea esta pena de forma cumulativa a las anteriores y como pena principal, pues el sujeto activo se vale del ejercicio de su profesión para cometer los delitos y la inhabilitación en estos delitos tiene un efecto intimidatorio importante.

El ingreso en prisión será obligatorio en el caso del tipo agravado, pues la pena no podrá ser suspendida al ser de prisión de cuatro a seis años, además, prevé una multa e inhabilitación especial igual a la del tipo básico.

El régimen de perseguibilidad de este delito ha sido modificado por la LO 15/2010, de 22 de junio, y ha pasado de su consideración como delito semiprivado o semipúblico, a ser considerado un delito público, perseguible de oficio⁶⁵.

Como se expuso supra, el art. 284 CP se aproxima en muchos aspectos al delito de abuso de información privilegiada y protege el mismo bien jurídico, no

⁶² STS 1136/2010, de 21 de diciembre, se inclina por considerar el beneficio como parte del tipo y declara la prescripción del delito al aplicar la teoría de la revalorización de las acciones en la determinación del *dies a quo*.

⁶³ En contra, consideran que la pena es especialmente severa BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, p. 533.

⁶⁴ El art. 285 CP no preveía esta pena en su redacción inicial sino que la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, añade la pena de inhabilitación especial.

⁶⁵ Se puso de manifiesto ese problema de perseguibilidad en el Caso Alierta. V. SAP de Madrid 768/2009, de 17 de julio.

obstante, ambos delitos se diferencian en el fin perseguido por el autor, así mientras que el art. 284.3 CP exige que dicho uso se haga «para proporcionar indicios engañosos al mercado», el art. 285 CP se aprovecha de la información que ha obtenido de forma confidencial relacionada con su trabajo profesional. Así, la relación concursal entre ambas figuras será de concurso de leyes a resolver por la regla de la especialidad.

Cabe plantear también un concurso, entre el art. 285 y el art. 279 CP, cuando la información constituya al mismo tiempo un secreto de empresa y la conducta cumpla los requisitos típicos de ambos preceptos. En nuestra opinión, atendiendo a la diversidad de bienes jurídicos protegidos, cabe afirmar que la relación entre ellos será de concurso de delitos y no de leyes⁶⁶.

Con base en la diversidad de bienes, también se plantea la posibilidad de apreciar un concurso de delitos entre el art. 285 y el art. 442 CP⁶⁷, no obstante, consideramos que la relación entre ellos es de concurso de leyes, pues la referencia que hace el art. 285 CP a la «actividad profesional» excluye a los funcionarios de la CNMV u otros funcionarios que serían castigados en virtud del art. 442 CP.

Recibido: 05-11-2012. Aceptado: 05-02-2013.

⁶⁶ Se decanta por la tesis del concurso de delitos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 295.

⁶⁷ Acoge la tesis del concurso de delitos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 295. En cambio, considera que existe entre estos preceptos un concurso aparente de normas, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, p. 531.



POPULISMO PUNITIVO Y TRATAMIENTO INFORMATIVO EN LA JUSTICIA DE MENORES

Isabel de Blas Mesón

Secretario Judicial
Doctora en Periodismo

RESUMEN

La delincuencia de menores constituye un fenómeno social en continua observación. En el presente artículo se trata de analizar el modo en que los medios de comunicación informan habitualmente sobre la ineficacia de la 'Ley del Menor' para atajar la delincuencia juvenil, provocando una imagen deformada sobre la aplicación práctica de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor. Se analiza el discurso informativo de los *mass-media*, generador de alarma social, de estereotipos discriminatorios respecto al menor infractor y del clamor social tendente al endurecimiento de las normas penales.

PALABRAS CLAVE: Delincuencia juvenil, tratamiento informativo, medidas judiciales, Ley del Menor, opinión pública.

ABSTRACT

«Punitive populism and informative treatment in juvenile justice». The juvenile delinquency is a social phenomenon under continuous observation. This article analyzes how media usually inform about the inefficiency of the *Minors Act* to combat juvenile delinquency, which cause a distorted image of the practical implementation of the Organic Law 5/2000, regulating the Criminal Responsibility of Minors. The informative discourse of the mass media is analyzed, being a generator of social unrest, of discriminatory stereotypes about juvenile offenders and of the social clamour intended to harden criminal rules.

KEY WORDS: Juvenile delinquency, informative discourse, judicial measures, *Minors Act*, public opinion.



1. INTRODUCCIÓN

La promulgación de la llamada ‘Ley del Menor’¹ en el año 2000 supuso una auténtica revolución en la justicia penal juvenil, por constituir una de las normas más progresistas del panorama europeo que superaba el concepto retributivo mediante intervenciones reeducativas y resocializadoras del menor infractor. La citada norma nació como un adecuado marco jurídico desde la perspectiva del respeto a los derechos de la infancia, proclamando como principio básico el interés superior del menor, destacando la orientación educativa de las medidas a aplicar, y ofreciendo consecuentemente una amplia gama de medidas alternativas al internamiento, frente al sistema tradicional basado habitualmente en la privación de libertad. En idéntico sentido, esta legislación generó un amplio debate social sobre la ‘bondad’ e ineficacia de las medidas impuestas por los Jueces de Menores, debate que se mantiene en la actualidad.

Los delitos y faltas cometidos por menores de edad generan una indudable atracción mediática, que aprovecha la conmoción y movilización social provocadas a partir de sucesos graves protagonizados por jóvenes. Con la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (tras un año de *vacatio legis*), los medios de comunicación en general, y la prensa en particular, colmaron sus páginas de sociedad y de sucesos con mensajes informativos sobre fugas, agresiones a personal y motines que afectaban a internos en centros de menores, provocando un amplio despliegue de informaciones y opiniones, que describían los centros de ejecución de medidas judiciales como recintos en los que imperaba el caos más absoluto.

La prensa se convierte así en portavoz de los comentarios populares sobre el alto nivel de tolerancia de la legislación vigente y su ineficacia para atajar la delincuencia juvenil, presentando un perfil de menores irrecuperables con los que se resulta inoperante la reinserción social.

Posiblemente, el principal escollo de la actual política legislativa sobre justicia juvenil sea la imagen absolutamente negativa que alberga la opinión pública respecto a la ‘Ley del Menor’, ya que la casi totalidad de los mensajes informativos sobre ella parecen revelar aspectos negativos. Los aspectos positivos del sistema penal de menores no merecen la atención que los *mass-media* dispensan, o simplemente no son publicitados². La realidad que se ofrece desde los medios de comunicación social

¹ El marco normativo vigente para la exigencia de responsabilidad a los jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal lo constituye la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM).

² Las causas sociales de la conducta delictiva de los menores y jóvenes «quedan al margen del análisis mediático», primando la expectación, el entretenimiento y la presentación a la opinión pública de determinados estereotipos. CANO PAÑOS, M.A. *El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*. Atelier, Barcelona, 2006, p. 118.

causa alarma social y provoca una imagen deformada sobre la aplicación práctica de la LORPM y de su eficacia³.

Algunas instituciones europeas subrayan la actual configuración de la delincuencia juvenil como uno de los fenómenos sociales que más preocupa, y «uno de los problemas criminológicos a los que internacionalmente se ha prestado una continua observación», si bien convienen en señalar que la percepción social sobre los menores infractores es «especialmente adversa»⁴. En esta política criminal también han tenido una influencia considerable los medios de comunicación social, al magnificar los delitos más graves cometidos por los jóvenes y las movilizaciones de las asociaciones de víctimas⁵. Los medios se hicieron eco de las polémicas populares suscitadas a raíz de algunos delitos especialmente graves cometidos por menores de edad, que causaron gran conmoción y alarma social⁶, demandando de la clase política —y de manera habitual— el endurecimiento de las sanciones⁷.

Los estudios más recientes en la disciplina de la Sociología Jurídica subrayan que el tratamiento de la delincuencia de menores repercute sensiblemente en el incremento del sentimiento social de inseguridad, legitimando el discurso político permanente sobre la necesidad de incrementar la duración de las medidas judiciales.

³ «La opinión pública considera, además de manera mayoritaria, que el trato que se depara por el sistema a los infractores juveniles es muy benevolente. Es interesante resaltar cómo esta percepción negativa ha estado presente en el debate público español prácticamente desde el principio, ya que desde que se aprobara la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores en el año 2000, ésta se ha visto sometida a numerosas reformas, todas ellas sustentadas en fortalecer y endurecer la respuesta al infractor juvenil, y por tanto, amparadas en la supuesta benevolencia de la legislación». FERNÁNDEZ MOLINA, E. y TARANCÓN GÓMEZ, P. (2010), «Populismo punitivo y delincuencia juvenil: Mito o realidad». *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC, vol. 12, núm. 8, pp. 1-25. Accesible en <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-08>.

⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea».

⁵ «Esta errática política criminal se ha plasmado en las sucesivas modificaciones de la Ley, en total, cinco en sus ocho años de vigencia, dirigidas a un incremento punitivo». SERRANO TÁRRAGA, M.D. (2009), «Evolución de la delincuencia juvenil en España (2000-2007)». UNED, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 2, p. 259.

⁶ «desde un punto de vista comunicativo se puede sostener que la alarma social es un producto del tratamiento informativo de los medios de comunicación [...] la alarma social es básicamente un efecto de sentido mediático». RODRIGO ALSINA, M. (1999), «El conocimiento del sistema penal: Alarma social y medios de comunicación» en *Política Criminal* (dir. Larrauri Pijoan), Cuadernos de Derecho Judicial, iv. Consejo General del Poder Judicial, p. 84.

⁷ «Las noticias sobre delincuencia [...] garantizan siempre la atención de los lectores». VID. SOTO NAVARRO (2005), La delincuencia en la agenda mediática». *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, REIS, núm. 115-05, p. 125.



2. POPULISMO PUNITIVO EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL

Los medios de comunicación social se hacen eco de las polémicas populares suscitadas a raíz del «presunto aumento» de algunos delitos especialmente graves —asesinatos y agresiones sexuales—, que causan gran conmoción y alarma social, demandando de la clase política el endurecimiento de las sanciones. Se advierte en este sentido que «[...] las conductas protagonizadas por los jóvenes obtienen, con frecuencia, una relevancia social mayor que las realizadas por los adultos, especialmente si son de carácter negativo, generándose así una percepción social especialmente adversa respecto de los jóvenes infractores»⁸.

En palabras de DOLZ LAGO, las recientes tendencias internacionales sobre los modelos de justicia juvenil se debaten entre «la representada por el llamado ‘populismo punitivo’, emergente ante puntuales casos de gran alarma social y que básicamente apuesta por un endurecimiento de la norma penal [...] y la más acertada que aboga por la integración social de los menores infractores en el marco de una verdadera justicia social, contemplándolos más como amigos que como enemigos y, sobre todo, como personas titulares de derechos y obligaciones»⁹.

El profesor de Derecho Penitenciario Julián RÍOS describe el fenómeno que se denomina «populismo punitivo» como aquel en el que

mezclan las ansias de calmar a una opinión pública desinformada, con una percepción tendenciosa del Derecho Penal por parte de los ciudadanos, que gracias a los programas de telebasura creen que todo se arregla con más cárcel.

Y en el mismo sentido, Octavio GARCÍA PÉREZ, profesor de Derecho Penal, subraya que

las leyes no se pueden hacer con un cadáver sobre la mesa porque se pierde la objetividad para seguir la lógica del linchamiento [...] a las víctimas lo que hay que ofrecerles es una buena indemnización, ayuda psicológica, servicios sociales [...] pero nunca dejar en sus manos la política criminal¹⁰.

El debate político sobre el endurecimiento de la ‘Ley del Menor’, surge a la mínima ocasión en la que aparece en el escenario mediático un suceso de gravedad

⁸ Vid. Dictamen del Comité Económico y Social..., *op.cit.*, apartado 1. En idéntico sentido: «Los jóvenes que cumplen medidas judiciales precisan nuevas formas de pensar la realidad y de actuar en ella». GRAÑA GÓMEZ, J.L., GARRIDO GENOVÉS, V. y GONZÁLEZ CIEZA, L. (2007), *Reincidencia delictiva en menores infractores de la comunidad de Madrid: evaluación, características delictivas y modelos de predicción*. Madrid, Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor, accesible en <http://www.madrid.org>.

⁹ DOLZ LAGO, M.J. (2007), *Comentarios a la Legislación Penal de Menores*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 35.

¹⁰ «Cuando le ley se hace a golpe de escándalo», en *El País*, 21 de noviembre de 2008, pp. 30-31.

cometido por menores de edad¹¹. El juez de menores de Granada Emilio CALATAYUD llegó a afirmar que

[...] la Ley del Menor se ha modificado ‘*por culpa de la influencia de los medios de comunicación*’, considerando que debido a la información que han transmitido los medios desde el año 2001 ‘*el legislador ha cambiado la Ley para peor*’, exponiendo la gravedad de que el legislador haga caso a los medios porque éstos «crean una realidad que no existe»¹².

En el diario *El Correo de Andalucía*¹³, en artículo de opinión firmado por Alfredo OLIVA y Jesús PALACIOS, profesores de Psicología Evolutiva y de Educación de la Universidad de Sevilla, se afirma que los ataques a la *Ley del Menor* «proviene especialmente en momentos en los que algún acto delictivo cruel y sangriento cometido por menores tiene una presencia reiterada en los medios de comunicación» y que «el principal problema de la ley del menor no es su contenido, que es acorde con la doctrina internacional mayoritaria y que tiene un enfoque fundamentalmente reeducativo. Lo que habría que mejorar es su aplicación en centros cada vez mejores, cada vez mejor dotados y cada vez más eficazmente orientados a la rehabilitación y reintegración social de quienes han cometido delitos».

En reportaje publicado en *La Razón*, se asegura que «la Ley del Menor no ha dejado de generar polémica desde su entrada en vigor, hace ya diez años. Sucesivas atrocidades cometidas por adolescentes —que en su mayoría no han pisado la cárcel— han hecho que la calle clame, y que juristas y legisladores demanden la necesidad de replantear la normativa, que de hecho ya ha sufrido varias modificaciones», aseverando «la impunidad de la que gozan los menores», como consecuencia de la aplicación de una «ley laxa y poco efectiva»¹⁴. Entre las conclusiones que se exponen

¹¹ «Continúa la polémica en torno a la Ley del Menor, cuyo endurecimiento insiste en pedir el PP [...] El ministro de Justicia, Francisco Caamaño, ha acusado a este partido de beneficiarse del dolor ajeno y avivar «sentimientos atávicos» para buscar rentabilidades políticas por pedir una reforma legislativa «en caliente» [...] El ministro ha negado que haya crecido la delincuencia de los menores o que haya aumentado la impunidad y ha recriminado al Partido Popular que, en lugar de hacer un análisis objetivo de la realidad, utilice el dolor de las víctimas en beneficio propio. La secretaria general del PP, María Dolores de Cospedal, ha defendido que no se trata de legislar en caliente y que la modificación de la responsabilidad penal de los menores que reclama el PP es un ‘clamor de la sociedad’ ante la alarma social que han provocado determinados delitos de asesinatos, violaciones o torturas cometidos por menores». «La Fiscalía pide la retirada de internet de las fotos de Cristina Martín y de su presunta asesina», en *El País*, 13 de abril de 2010.

¹² «El juez Calatayud culpa a los medios de los cambios ‘a peor’ de la Ley del Menor», en *ABC*, portada de Edición Sevilla, 20 de julio de 2007.

¹³ «¿Debe rebajarse la edad penal de los menores?», en *El Correo de Andalucía*, 28 de abril de 2010, p. 4.

¹⁴ Se exponen en el contenido del reportaje los resultados de una encuesta realizada bajo el título «¿Cómo atajaría la delincuencia entre menores?», evaluada por *NC Report*, sobre las siguientes preguntas:

1. ¿Es usted partidario del incremento de las penas a los menores que cometan delitos graves o muy graves?: SÍ 64,1%; NO 26,1%; NS/NC 9,8%.



en la encuesta efectuada en dicho reportaje, podemos señalar que: «Ante la pregunta de si la ley protege suficientemente al menor, más del 70% opina que les ampara»; «Sobre su efectividad a la hora de lograr la reinserción social de los condenados, más del 68% está de acuerdo con la afirmación de que el adolescente internado en un centro de menores no tiene actualmente garantizada la reintegración en la sociedad cuando termina su estancia, de lo que se deduce que los centros de internamiento no cumplen con la función de rehabilitación o reeducación encomendada por la ley»; «Casi el 61% de los consultados comparte la opinión de que alargar los períodos de internamiento impuestos por los jueces de menores mejoraría la reinserción social»; «Endurecer las penas que se imponen a los menores que cometen crímenes especialmente execrables es visto por la mayoría de los ciudadanos como una buena forma de mejorar la Ley del Menor» y « tres de cada cinco encuestados apoyarían una reforma legal que no dejara impunes los delitos cometidos por los niños de menos de 14 años, como sucede con la actual Ley de Responsabilidad Penal del Menor»¹⁵.

BERNUZ señala que, en España, los gobiernos (sin apenas diferencia ideológica) se han dejado llevar por el «*air du temps* de la presión mediática que muestra el lado más sensacionalista de la delincuencia juvenil y alienta el temor social y el sentimiento de inseguridad»¹⁶. La consecuencia mediática a esta sensación de inseguridad produce una respuesta política consistente en la propuesta de endurecer la sanción penal a los menores aumentando la duración del internamiento en régimen cerrado.

Existe una creencia generalizada en parte de la sociedad al considerar que el poder político y judicial (encargados de sancionar a los infractores juveniles) no está demostrando la efectividad debida, y en esta creencia de impunidad vindican públicamente un castigo efectivo y severo¹⁷. La aparición en los medios de comunicación

2. ¿Cree usted que a la edad de 13 años ya se tiene conciencia sobre actos delictivos graves como violación o asesinato?: SÍ 63,8%; NO 26,2%; NS/NC 10%.

3. ¿Es usted partidario de incorporar medidas educativas obligatorias para los menores que comienzan a delinquir con menos de 14 años?: SÍ 68,3%; NO 20,9%; NS/NC 10,8%.

4. ¿Apoya una reforma de la ley para no dejar impunes los delitos graves o muy graves cometidos por menores de 14 años?: SÍ 60,1%; NO 28,1%; NS/NC 11,8%.

¹⁵ «Los españoles, partidarios de endurecer la Ley del Menor», en *La Razón*, 12 de abril de 2010.

¹⁶ Los medios de comunicación argumentan la ineficacia de la LORPM al poco tiempo de su entrada en vigor, sin hacer un análisis serio sobre los factores que influyen en la conducta delictiva de los menores y jóvenes, demandando un endurecimiento de las sanciones y la primacía del tratamiento punitivo sobre el tratamiento reeducador (es la identificación del todo con la parte). BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2005), «Justicia de Menores y nuevas tendencias penales: La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, núm. 7 (07-12). [Versión electrónica]

¹⁷ «Jóvenes de los que la sociedad desconfía, recela, a los que en gran medida considera irre recuperables, a los que atribuye una maldad intrínseca. Claro que este pensar colectivo o mejor dicho intuir viene del sesgo transmitido por los medios de comunicación que, en búsqueda de un culpable al que señalar, realizan una interpretación simplista al punto de demonizar la Ley de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 que nos hemos dado y de desconfiar de quienes trabajan con el solo fin de la reincidencia». Javier Urrea Portillo, prólogo, en GRAÑA GOMEZ, J.L., GARRIDO GENOVÉS, V. y

de sucesos extremos de violencia juvenil coloca el debate sobre el modelo de justicia juvenil en el sentido de confirmar la tendencia al endurecimiento de las medidas. Esta impresión social respecto a la *Ley del Menor* se debe en parte a la improvisación, la falta de previsión a la hora de articular la formación, recursos y dispositivos para hacer efectiva la ley, unido a alguna falta de competencia de operadores jurídicos que han trasladado a la opinión pública la imagen de una «ley blanda que deja poco menos que impunes los delitos más cruentos»¹⁸. En palabras de CUELLO CONTRERAS, la alarma social que provocan delitos graves cuando son cometidos por menores, se traduce en la percepción popular y en los medios de comunicación como evidencia de una «especial malicia de los menores que los cometen», dado que es impropio de esas edades llevar a cabo comportamientos tan graves¹⁹.

Algunos de los delitos que han saltado a las páginas de los periódicos y las portadas de los telediarios han sido ciertamente espantosos, y han tenido a delincuentes juveniles por autores. Parece que, de pronto, la sociedad española haya descubierto que los jóvenes pueden ser responsables de delitos muy graves, y urge a sus políticos a que impongan «la ley y el orden»²⁰. Los medios de comunicación ayudan a que la sociedad alimente estos sentimientos de venganza y *tolerancia cero* frente a los infractores juveniles: «se tenía la impresión de que los menores que cometían delitos graves o muy graves habían abandonado la condición de niños y no merecían el trato benévolo que ofrecía una jurisdicción especializada»²¹.

El temor social al delito y al delincuente, fomentado en parte por los *mass media*, genera la creación legislativa tendente hacia el llamado *derecho penal de re-acción*, en el que las leyes aprobadas suponen en muchas ocasiones una involución en el catálogo de derechos y refuerzan la denominada *tranquilidad social*, que es la sensación que provoca la no pertenencia al segmento de población que se encuentra recluido en centros penitenciarios o centros de menores. La clase política trata de buscar el apoyo comunitario en la aplicación de las políticas de *mano dura*²².

GONZÁLEZ CIEZA, L. (2007) *Reincidencia delictiva en menores infractores de la comunidad de Madrid: evaluación, características delictivas y modelos de predicción*. Madrid, Agencia para la Reeduación y Reinserción del Menor Infractor.

¹⁸ SEGOVIA BERNABÉ, J.L. (2001), «Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los Derechos Humanos», *Colección «Jornadas sobre derechos humanos núm. 5»*, Ararteko, pp. 57-80.

¹⁹ CUELLO CONTRERAS, J., «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad», en *El derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*. (dirs. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. y CRUZ BLANCA, M.J.), Dykinson, Madrid, 2010, p. 17.

²⁰ GARRIDO, V., LÓPEZ, E., SILVA, T., LÓPEZ, M.J. y MOLINA, P., «El modelo de la competencia social de la Ley de Menores». Región de Murcia. Consejería de Trabajo y Política Social, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 13.

²¹ *Vid.* BERNUZ, *op.cit.*

²² Mientras que en la mayor parte de los países europeos la responsabilidad penal de los menores está fijada, como en España, a partir de los 14 años, en el Reino Unido el planteamiento es más severo, con la edad penal a los 10 años. A principios de los 90, dos niños de esa edad asesinaron a un pobre pequeño de dos años. Los asesinos fueron juzgados y condenados por un tribunal ordinario. Por la edad y la forma en la que fueron juzgados y cumplieron su sentencia, éste es un buen



El denominado «núcleo duro de la delincuencia juvenil» (delincuentes violentos y reincidentes) ha sido sucesivamente presentado a la ciudadanía como un grupo de población que «escapa del ámbito de control del sistema de justicia de menores por los numerosos huecos de impunidad que deja una ley excesivamente benévola»²³. De este modo, la presión social sobre algunos hechos delictivos, y el miedo generado por los medios de comunicación, provocó en España el endurecimiento de la acción penal sobre los menores, y así en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre se mantiene que «*debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social*». Incluso, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas viene denunciando que la justicia juvenil es un fenómeno que «*asalta con frecuencia las primeras páginas de los periódicos, generando una presión social para rebajar la edad penal a los 12 años en base a casos que, siendo graves, no dejan de ser puntuales*»²⁴.

La representación formulada desde las Defensorías del Menor refiere que las cuestiones relacionadas con los menores de edad se informan desde connotaciones sociales negativas (pandillismo, violencia escolar, delincuencia juvenil, etc.), provocando que la sociedad contemple a los menores con preocupación, cuando no con temor, y reclame medidas políticas orientadas a corregir estas disfunciones. En palabras del Defensor del Menor andaluz²⁵: «No debemos olvidar que los medios de comunicación en la sociedad moderna realizan a la vez el doble papel de reflejar la realidad social y contribuir a la conformación de esa misma realidad». Así, resulta difícil discernir en qué medida, la negativa imagen que los medios de comunicación

ejemplo de justicia penal punitiva aplicada a quienes ni siquiera han llegado aún a la pubertad. Hace algunas semanas, poco después de que cumplieran su condena y fueran puestos en libertad, uno de los dos chicos, ya mayor de edad, fue detenido bajo la acusación de un grave delito. Al menos en este caso, el tratamiento penal de adulto a una edad muy temprana ha demostrado no ser eficaz para recuperar a este chico y proteger a posibles víctimas. «¿Debe rebajarse la edad penal de los menores?» por Alfredo Oliva y Jesús Palacios, en *El Correo de Andalucía*, 28 de abril de 2010, p. 4.; «¿Hasta cuándo será culpable?, Reino Unido debate sobre el trato penal a menores, Jon Venables, condenado hace 17 años por asesinar al pequeño James Bulger, detenido de nuevo», en *El País*, domingo 14 de marzo de 2010, p. 43.

²³ FERNÁNDEZ MOLINA, E. y RECHEA ALBEROLA, C. (2006), «¿Un sistema con vocación de reforma?: La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores». *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 4, p. 3.

²⁴ «El Comité reconoce el progreso desde 2002 en la aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor en cuanto a los recursos dedicados, la formación de profesionales y el número de juzgados especializados. Sin embargo, le preocupan los sucesivos cambios legislativos que han endurecido progresivamente las penas, especialmente en las infracciones más graves». «La infancia en España: 2010-2011». (20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño: retos pendientes). UNICEF, p. 16. En este sentido, «El Consejo Fiscal propone aplicar la ley penal a chicos de 12 y 13 años», en *El País*, 30 de diciembre de 2005.

²⁵ Informe Anual 2004: Informe al Parlamento de Andalucía dando cuenta de la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía en el año 2004. 1ª edición. Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz, 2005, p. 20.



ofrecen de los menores está reflejando fielmente la opinión de la mayoría social y en qué medida dicha imagen negativa está contribuyendo a formar una determinada opinión social sobre la realidad de nuestros menores. En la Unión Europea, la tendencia al endurecimiento del derecho penal de menores se produce por la relevancia pública de los nuevos fenómenos delictivos surgidos en los espacios urbanos, tales como la delincuencia organizada, pandillas juveniles, vandalismo callejero, violencia en el deporte, matonismo en las escuelas, violencia ejercida sobre los padres y conductas xenófobas y de grupos extremistas.

3. TRATAMIENTO INFORMATIVO Y JUSTICIA PENAL JUVENIL

La justicia juvenil constituye un tema de actualidad desde la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que abarca diferentes disciplinas de las ciencias sociales, además de la jurídica. Pero para obtener una visión completa de la delincuencia de jóvenes, resulta necesario el tratamiento de este fenómeno desde otras perspectivas, más sutiles y menos evidentes, como es la visión generada por los medios de comunicación sobre los menores infractores, dentro y fuera del ámbito del «suceso»²⁶.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece como principio programático que todas las medidas adoptadas respecto a la infancia han de basarse en el interés superior del menor, desde el derecho a la vida hasta las responsabilidades deontológicas de los medios de comunicación. El artículo 16 de la CDN dispone que [...] *ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación*. Esta protección legal afecta al menor dentro del ámbito familiar o de instituciones de tutela o reforma en las que resida. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño viene subrayando en sus informes que es muy importante que los medios de comunicación respeten la vida privada del menor, con especial relevancia de los que viven en instituciones residenciales y de custodia.

El mencionado Comité, en su 44º Período de Sesiones en Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, adopta la Observación General núm. 10 (2007) sobre «Los derechos del niño en la justicia de menores», y así, en su artículo 96, informa que los medios de comunicación suelen transmitir una imagen negativa de los niños que delinquen, lo cual contribuye a que se forme un estereotipo discriminatorio y negativo de ellos, y a menudo de los niños en general. Esta representación negativa o criminalización de los menores infractores suele basarse en una distorsión y deficiente comprensión de las causas de la delincuencia juvenil, con las consiguientes

²⁶ «14 peligrosos jóvenes permanecen fugados, tras huir de un reformatorio», en *Diario de Avisos*, 21 de noviembre de 2001, p. 54.



peticiones periódicas de medidas más estrictas (por ejemplo, tolerancia cero, cadena perpetua, juicios en tribunales para adultos y otras medidas esencialmente punitivas). Para crear un ambiente más propicio a una mejor comprensión de las causas básicas de la delincuencia juvenil y a un planteamiento de este problema social basado en los derechos, los Estados parte deben llevar a cabo, promover y apoyar campañas educativas y de otro tipo para que se tome conciencia de la necesidad y la obligación de tratar al menor del que se alegue que ha cometido un delito con arreglo al espíritu y la letra de la Convención.

En este sentido, los Estados parte deben recabar la colaboración activa y positiva de los parlamentarios, las ONG y los medios de comunicación y respaldar sus esfuerzos encaminados a lograr una mejor comprensión de la necesidad de dispensar un trato favorable a los menores que tienen o han tenido conflictos con la justicia basado en los derechos. Es fundamental que los menores, sobre todo los que ya han pasado por el sistema de la justicia de menores, participen en esta labor de concienciación.

Los medios de comunicación como productores de realidad social en ocasiones faltan a la obligación de informar objetivamente a su público, generando alarma, estereotipos y tópicos en aquellas informaciones que tienen por objeto infracciones penales cometidas por menores de edad²⁷. Si los dirigentes políticos ceden a las demandas sociales vindicativas alentadas por los medios de comunicación, se produce el llamado «populismo punitivo». En general, los discursos informativos incorporan opiniones insertas en la politización del caso en torno a la 'Ley del Menor', sin que se adviertan alusiones a prácticas de reinserción de menores, como programas de tratamiento o intervención o programas educativos, o se realicen comentarios respecto a actitudes alternativas de otros menores en nuestra sociedad. Todas las aportaciones giran hacia las «atrocidades» cometidas por éstos, difundiendo una sensación de impotencia y desesperanza respecto al fenómeno²⁸.

La intensa implicación de la ciudadanía en los debates sobre la configuración de la mayor parte de las leyes penales, a juicio de Díez RIPOLLÉS, se traduce en «una progresiva desconfianza de la opinión pública y la sociedad en general en los cuerpos extraños de la justicia»²⁹. En el mismo sentido, la «frecuente presencia en los medios de comunicación de noticias relacionadas con la delincuencia violenta, sexual o atentatoria contra los bienes individuales más importantes ha sido siempre un fenómeno constante [...] pero en los últimos tiempos se aprecia una evolución significativa en el modo de tratar estos delitos por los medios de comunicación,

²⁷ «centros de menores, antes llenos de adolescentes con problemas en casa y chicos marroquíes que habían llegado en patera». Reportaje: Delincuencia Juvenil, «La calle es nuestra», *El País*, 11 de octubre de 2009.

²⁸ Informe del Consejo Audiovisual de Andalucía. Enero 2010. *Agenda-Setting* de televisión, violencia y menores, p. 142

²⁹ Díez RIPOLLÉS, J.L. (2005). «La racionalidad legislativa penal: Contenidos e instrumentos de control». *Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*. Bogotá, Colombia, 2005. Editorial Temis, pp. 203-244.

sobre todo en la descripción de hechos delictivos concretos, antes confinada en las tradicionales secciones del suceso»³⁰.

El tratamiento informativo de la delincuencia de menores se centra de forma generalizada en buscar los defectos de funcionamiento de los procesos legales y administrativos que establece la justicia del menor, como mecanismo de crítica para fomentar el desgaste social respecto a la aceptación de la ‘Ley del Menor’. Los efectos de esta cobertura informativa se traducen en la creación de un estado de «alarma social» ante la opinión pública, cuyas consecuencias «resultan claramente negativas de cara al tratamiento de futuros delincuentes juveniles»³¹.

El debate relativo a cómo los medios de comunicación han de efectuar el tratamiento informativo de la delincuencia de menores y sus consecuencias sociales no es novedoso³², ya que podemos extrapolar a este ámbito los mismos planteamientos de cobertura ética informativa que se efectúan respecto al examen mediático de los actos terroristas, de la violencia familiar o del fenómeno de la inmigración. Por otro lado, en el fenómeno de la violencia juvenil y sus consecuencias delictivas, entran en juego diversidad de factores no sólo de tipo jurídico, sino sociales y educativos, que entrañan la utilización de una terminología específica y el uso de tecnicismos y vocablos que en muchos casos provocan equívocos en los receptores de los mensajes informativos. Los *mass media* desempeñan un papel fundamental en la creación de opiniones públicas, y en el tema que nos ocupa, la perspectiva mediática de los jóvenes infractores no alcanza más allá de acaparar las páginas de la sección de sucesos. Desde diversos foros judiciales, se efectúan sugerencias y recomendaciones a los medios de comunicación para que trasladen a la opinión pública, sin deformaciones, la realidad de esta Ley³³:

En el ámbito de la delincuencia juvenil, habitualmente se informa desde la percepción colectiva de peligro y se descontextualizan los mensajes informativos, omitiendo un análisis en profundidad del proceso relativo a la justicia juvenil y su tratamiento judicial y administrativo³⁴. A menudo, también se producen en los medios de comunicación injerencias innecesarias en la vida privada de los menores de edad que vulneran su derecho a la intimidad —ya sea a través de la publicación o

³⁰ «La delincuencia en los medios», José Luis Díez Ripollés, *El País*, 14 de junio de 2000.

³¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2003), *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Colex, Madrid, p. 154.

³² «[...] escapa en mucho a las posibilidades y pretensiones de este nuevo apartado poder abordar la Justicia de menores con la profundidad que el tema requeriría. No obstante, dada la trascendencia mediática que el tema tiene en Canarias, y, en ocasiones, la ausencia del rigor siempre deseable en su tratamiento por parte de la opinión pública, de los medios de comunicación y de la clase política —cuando no, incluso, un grosero uso torticero e irresponsable del mismo—» *Vid.* Informe del Consejo Económico y Social de Canarias. 2005-2006, apartado 3.2.3.6.4.

³³ Documento final de la Jornada profesional de trabajo, reflexión y análisis, sobre el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Murcia, febrero 2005. *Observatorio Internacional de Justicia Juvenil*.

³⁴ «Junto con esta visión negativa de la juventud destaca también el gran desconocimiento sobre la delincuencia juvenil en general». FERNÁNDEZ MOLINA y TARANCÓN GÓMEZ (2010), p. 1.



difusión de su imagen o de datos pertenecientes a su vida privada—, excediendo en la función social inherente a los medios de comunicación. La actividad informativa ha de respetar el honor, la intimidad y la propia imagen de los menores, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad.

Dentro de los supuestos que podrían implicar una lesión a la intimidad del menor, se encuentran las informaciones que divulgan datos relativos a la salud, al consumo de sustancias estupefacientes, o a la identificación de menores tutelados por la Administración Pública e ingresados en centros de protección, de reforma o sujetos a medidas judiciales. En todos estos casos, los periodistas, omitiendo detalles escabrosos han de demostrar una especial sensibilidad en la cobertura informativa, evitando que su difusión provoque una nueva lesión a los menores³⁵.

La tesis de la *agenda-setting*³⁶ explica la influencia principal de los medios de comunicación en la formación de la opinión pública, en la fijación de la agenda de temas de preocupación pública, y la desviación de la atención del público hacia repertorios de temas de preocupación general. La selección temática que realiza la prensa en el ámbito de la delincuencia de menores responde al modelo de articulación de pre-opiniones latentes, por el que los medios contribuyen, mediante la popularización de respuestas estereotipadas, a que muchos ciudadanos que carecen de una opinión formada sobre determinados temas repitan expresiones o frases hechas. También responde al *modelo de relevancia*, en tanto que realza ciertos aspectos de un tema general con olvido de otros, deformando la percepción social³⁷.

En este sentido, conviene analizar la influencia recíproca entre las agendas mediática y política, ya que en algunos casos la canalización de la prensa en los temas de interés influye en el elenco de asuntos tomados en consideración en las iniciativas políticas.

Las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado advierten que si la difusión casual o accesorio de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas (especialmente en casos de delitos que revisten especial gravedad o que han causado un gran impacto en la opinión pública), es necesario

³⁵ Véase BERISTAIN, «a veces no basta que al dar la noticia omitan el nombre del joven «presunto infractor» pues hay estigmas subliminares que permanecen indelebles toda la vida», citado en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2003), p. 154.

³⁶ «Por agenda se entiende el conjunto de temas que integran un repertorio de asuntos sobre los que pensar. En pocas palabras, a esto refiere el concepto de *agenda setting*. La agenda implica selección y jerarquización: temas que se incluyen o que se dejan fuera, espacios más o menos extensos y/o jerarquizados que a ellos se destinan. La función de agenda refiere precisamente a la visibilidad que adquieren los temas en los medios de comunicación, de tal forma que se convierten en aquello sobre lo que conversamos, pensamos, tomamos posición y discutimos». SÁNCHEZ VILELA, (2007) «*Infancia y violencia en los medios: Una mirada a la agenda informativa*». UNICEF. Uruguay. Accesible en <http://www.unicef.org/uruguay>.

³⁷ Véase SOTO NAVARRO, S. (2005), p. 79.

utilizar técnicas de distorsión de imagen o voz, utilización de iniciales, y exclusión de datos que directamente lleven a la identificación del menor³⁸.

La preservación de la identidad de las víctimas menores de edad por los medios de comunicación ha de ser rigurosa, con la finalidad de evitar la victimización secundaria y la multiplicación de los daños. Hay que impedir a toda costa la publicación de información, la identificación de un menor por su nombre y apellidos, la captación de imágenes relativas a su identidad o a datos colaterales como el domicilio o la familia.

En algunos delitos graves cometidos por y contra menores en los últimos meses, ha irrumpido una nueva modalidad de injerencia en la intimidad de los menores, a través de la publicación de imágenes en las redes sociales³⁹.

No cabe duda de que los medios de comunicación desempeñan un papel fundamental a la hora de dar a conocer los matices que aborda el fenómeno de la violencia juvenil y sus consecuencias delictivas. Al ofrecer esa información, las cuestiones a plantearse surgen de forma inmediata: ¿Debe informarse sobre las acciones violentas o ello supone dar publicidad gratuita a quienes las cometen? ¿Se cumple una mejor función social con una amplia cobertura de estos sucesos o ignorándolos? ¿Es útil mostrar a los menores y las víctimas como parte de un macabro espectáculo? ¿Dónde está el límite entre el morbo y la información? Nos encontramos ante una discusión de capital importancia, inmersa en un campo en el que es preciso conjugar los derechos de los menores y las víctimas con las exigencias constitucionales de las libertades de información y de expresión. El tratamiento informativo de los menores infractores por parte de los medios de comunicación se centra de forma generalizada en buscar los defectos de funcionamiento de los procesos legales y administrativos que establece la justicia del menor, como mecanismo de crítica para fomentar el desgaste social respecto a la aceptación de la ley⁴⁰.

En el mismo sentido, (...) los medios pueden revelarse particularmente peligrosos en la creación y la difusión de los estereotipos. La impresión actual y

³⁸ Instrucción 2/2006, sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores. Accesible en <http://www.fiscal.es>.

³⁹ «[...] la fiscalía pide a las redes sociales de internet Facebook y Tuenti el bloqueo de todos los soportes o contenidos (fotografías, dibujos, textos, etc.) que impliquen una «intromisión en la identidad o imagen de las menores, a fin de evitar que se puedan almacenar, reproducir, divulgar, compartir o distribuir» [...]. El Fiscal también recuerda que el artículo 20 de la Constitución, relativo a la libertad de expresión, tiene entre otros límites la protección de la juventud y la infancia» [...] ya no es posible localizar el grupo de esta red *Cristina Martín de la Sierra. Justicia para este ángel*, que llegó a tener más de 6.000 seguidores. En este foro se podían leer desde mensajes de condolencia y ánimo a la familia, insultos y peticiones para que se endurezca la ley e imágenes e información de la presunta homicida, vulnerando así la Ley del Menor, que prohíbe mostrar su rostro de forma pública y se identificada». «La Fiscalía pide la retirada de internet de las fotos de Cristina Martín y de su presunta asesina» en www.elpais.com, 13 de abril de 2010.

⁴⁰ «El 'asesino de la catana' se fuga cuatro horas del centro de menores», en *Diario de Avisos*, 26 de septiembre de 2003, p. 37 (el mensaje se ilustra de una fotografía sin pixelar que identifica al menor)



generalizada de que la violencia y la criminalidad juveniles están en alza, o cuando menos fuera de control, es un buen ejemplo de ello. La juventud no se siente debidamente representada en los medios de comunicación y rechaza la imagen que sobre ella misma ofrecen los medios. En otras palabras, existe una cierta desavenencia entre ambos conceptos: juventud y medios de comunicación»⁴¹.

Las referencias a aspectos positivos del sistema penal juvenil son prácticamente inexistentes en los medios

[...] escasamente se advierten alusiones a prácticas de reinserción de menores, como programas de tratamiento, intervención o programas educativos, o se realizan comentarios respecto a actitudes alternativas de otros menores en nuestra sociedad. Salvo en los invitados expertos en estas temáticas, no hemos detectado referencias a fuentes estadísticas o datos oficiales que permitan aportar datos más allá de la casuística de los casos mediáticos⁴².

Desde la entrada en vigor de la citada LORPM, ha crecido en España la preocupación social por la delincuencia juvenil, generando un gran temor hacia el infractor menor de edad. El tratamiento informativo de determinados hechos delictivos, vinculados al conflicto social y a grupos marginales (*criminológicamente se califica como «crimes of the powerless»*⁴³), ha generado una gran alarma social que no se correlaciona con un importante aumento de las tasas de delincuencia juvenil⁴⁴.

Los foros jurídicos y sociales que ha generado la discusión sobre la LORPM han considerado fundamental la función de los medios de comunicación social en la difusión integral de la Ley del Menor⁴⁵. Las incesantes informaciones aparecidas sobre fugas, motines y altercados en los centros de cumplimiento de medidas

⁴¹ Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, A. (2005), «La juventud en los medios». *Revista de Estudios de Juventud*. Marzo 2005. Núm. 62. Instituto de la Juventud, accesible en <http://www.injuve.migualdad.es>.

⁴² «RELINQUE PÉREZ, M. (2010), «*Agenda-Setting* de televisión, violencia y menores», *Consejo Audiovisual de Andalucía*. Junta de Andalucía. Sevilla, p. 251.

⁴³ SOTO NAVARRO, *Delincuencia en la prensa...*, op. cit., p. 1.

⁴⁴ «¿Qué determina que la violencia encabece la agenda periodística sobre niñez y adolescencia? ¿será una tendencia irreversible? ¿hay efectivamente un aumento de la violencia ejercida sobre los chicos y chicas, en un contexto de creciente violencia general y los medios se limita a ‘reflejarlo’? ¿o es que se reduce todo a una cuestión de sensaciones e impresiones que los medios comparten y sólo reafirman? Al menos tres aspectos son distinguibles: uno es la realidad más o menos comprobable; otro, lo que el consenso social lee e interpreta sobre ella; y finalmente, un tercero: aquello que un diario considera noticiable de la realidad. En otra palabra: lo que pasa, lo que todos creemos que pasa y lo que la prensa dice que pasa». NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA PRENSA ARGENTINA. Informe anual, Monitoreo 2005. Periodismo Social. Capítulo infancia. Red ANDI, p. 22.

⁴⁵ «Se considera necesario que el conocimiento de la Ley Penal del Menor, llegue a los menores especialmente, así como a los padres y a la sociedad en general. Es importante que esta labor de formación tenga un carácter integral que abarque no sólo su contenido jurídico sino también los resultados positivos que ha producido en la comunidad su aplicación. Y en esta labor de información es de importancia la función de los medios de comunicación social» vid. DOCUMENTO FINAL DE LA JORNADA PROFESIONAL DE TRABAJO, REFLEXIÓN Y ANÁLISIS, SOBRE EL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS

judiciales —que han causado no pocos conflictos vecinales y políticos en aquellos municipios donde estos radican⁴⁶— focalizan el fenómeno de la justicia juvenil en el internamiento en centros de reforma, causando perplejidad en la opinión pública, motivando estereotipos respecto de los menores que cumplen medidas judiciales, olvidando el resto de las medidas o la importancia de la mediación, y relegando los aspectos positivos del sistema. En otro sentido, los medios de comunicación han venido resaltando la falta de medios materiales y personales para la correcta ejecución de la ley⁴⁷. El popular principio «tolerancia cero» gana adeptos con la complicidad de los medios de comunicación, poco dados al matiz y al argumento, prodigando ataques contra la ley cada vez más sorprendentes⁴⁸.

El conocimiento de datos fiables y la profundización en la legislación sobre el menor infractor puede entrañar muchos beneficios para la opinión pública. Como ejemplo, en Panamá⁴⁹, UNICEF estableció un Convenio con el Colegio Nacional de Periodistas (al que pertenece el 90% del país) facilitando a éstos datos sobre menores en conflicto con la ley con la finalidad de «ayudar a disipar ciertos mitos y exageraciones acerca del delito adolescente». También se pusieron a disposición de los profesionales de los medios de comunicación, cursos de capacitación sobre el Comité de los Derechos del Niño para brindar herramientas que permitieran a los medios de comunicación elaborar informes sobre los derechos del niño en conflicto con la ley para ser publicados por la prensa y así, a través del programa, profesionales de los medios de comunicación, junto con abogados dedicados a la protección legal

MENORES, p. 6. Murcia, febrero 2005. Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, accesible en www.oijj.org.

⁴⁶ Vid. INFORME SOBRE EL PRIMER AÑO DE VIGENCIA DE LA LEY REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. DEFENSOR DEL PUEBLO. Madrid, 2002, p. 80. «[...] en relación con los centros de internamiento, tiene que hacerse referencia a la frecuencia con la que han aparecido en los medios de comunicación, noticias en las que se hacían eco de la oposición de los vecinos a la apertura de nuevos centros, [...] que llegó a provocar la dimisión del Alcalde por la tensión provocada al respecto. El temor de los vecinos a la apertura del centro, venía motivada por el miedo al incremento de la delincuencia que podría provocar, y por las noticias publicadas acerca de las continuas fugas de los muchachos de los centros de internamiento».

⁴⁷ *Ibidem*, p. 190. «[...] De manera continua, los medios de comunicación de esta Comunidad, se han hecho eco de la insuficiencia de recursos humanos y materiales para la correcta aplicación de la Ley Orgánica 5/2000».

⁴⁸ SEGOVIA BERNABÉ, *op. cit.*, p. 66. «[...] incluso el «Movimiento contra la Intolerancia» ha hecho suya la reivindicación de una mayor ampliación de los principios estrictamente penales en este procedimiento de menores, sumándose al coro de los que reclaman a la joven norma ‘más mano dura’.

⁴⁹ «PROTEGIENDO LOS DERECHOS DEL NIÑO EN CONFLICTO CON LA LEY». Documento redactado por el Panel de coordinación de organizaciones relacionadas con la justicia de menores, pp. 88-89, accesible en www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Protecting_children_es.pdf. Este panel fue creado en 1997 por una Resolución del Consejo Económico y Social, y tiene como finalidad coordinar las políticas, proyectos y actividades entre organizaciones internacionales comprometidas con las autoridades nacionales en la reforma de la justicia de menores. El trabajo del Panel se rige de acuerdo a las principales disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, otras normas internacionales relevantes relacionadas con la justicia de menores, y las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.



infantil, organizaron debates y foros públicos para discutir los temas relacionados con la justicia de menores. Los esfuerzos entre UNICEF y los medios de comunicación incidieron positivamente en la limitación considerable de la severidad de las reformas regresivas.

Los *mass media* desempeñan un papel fundamental en la creación de opiniones públicas, influyendo en el cambio y/o asentamiento de hábitos, patrones y conductas. Se informa desde la percepción colectiva de peligro y se contribuye a que la ciudadanía asuma una imagen de la delincuencia juvenil que no se corresponde plenamente con la realidad. Se describen los acontecimientos noticiosos con todo tipo de detalles y minuciosidad, obviando los derechos a la intimidad del menor⁵⁰. Respecto al impacto que estas noticias provocan en la opinión pública

[...] habría que evitar, por otra parte, caer en la tentación de promover o reforzar corrientes de opinión que acuden apresuradamente, y como primera medida de actuación, a la criminalización de cualesquiera comportamientos que planteen un conflicto social de cierta relevancia⁵¹.

La gran mayoría de los medios de comunicación carece de una guía o código de conducta para aplicar al tratamiento de los hechos noticiosos sobre la infancia. La importancia de este vacío crece en la misma proporción que la relevancia pública de los nuevos fenómenos⁵² que han ido apareciendo especialmente en las grandes urbes europeas (delincuencia organizada, pandillas juveniles, vandalismo callejero, violencia en el deporte, matonismo en las escuelas, violencia ejercida sobre los padres, conductas xenófobas y de grupos extremistas...) y del «efecto contagio» de las conductas delictivas cometidas por jóvenes⁵³, ya que independientemente del resultado que las estadísticas arrojen en cada momento, lo cierto es que se amplía la percepción de que se está produciendo un incremento de la delincuencia juvenil y de que los delitos que cometen los jóvenes son cada vez de mayor gravedad. Ante dicha

⁵⁰ «José Rabadán, conocido como el *asesino de la catana* por la muerte de sus padres y de una hermana afectada por el síndrome de Down, pasará el resto de la condena que le queda por cumplir, en una casa de acogida de la asociación Nueva Vida ubicada en Cantabria. El traslado se realizará en los primeros días de enero, en la forma que determinan los servicios correspondientes de Murcia», en *La Opinión de Tenerife*, 30 de diciembre de 2005, p. 21.

⁵¹ LA DELINCUENCIA EN LOS MEDIOS, Díez Ripollés, José Luis, en *El País*, 14 de junio de 2000.

⁵² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE CANARIAS. Dictamen 3/2003, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de Atención Integral a los Menores. Sesión del Pleno del CES de 19 de febrero de 2003. Accesible en <http://www.cescanarias.org/publicaciones/informes/2005/index.html>. apartado 4.6.

⁵³ *Ibidem*. apartado 7.1.4.2. «[...] La sociedad de la información, los avances tecnológicos, la permeabilidad de las fronteras y otros factores análogos juegan sin duda un papel importante en la generalización de las nuevas formas de delincuencia juvenil, sin que tampoco se deba desdeñar el simple ‘efecto contagio’ de dichas conductas (potenciado por la difusión de los acontecimientos en los medios de comunicación social), cambios todos ellos extraordinariamente rápidos».

situación, los ciudadanos, amparados por los medios de comunicación demandan un endurecimiento de la legislación de menores y de sus sanciones⁵⁴.

Existe una dinámica de sospecha permanente sobre los menores que conduce a la práctica de «políticas de tolerancia cero» o «políticas de cristales rotos», que somete a los menores a unos procesos de vigilancia y control extremos por parte de la intervención social y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado⁵⁵. Como prueba de ello, en Miami a partir del 1 de mayo de 2010, «los menores de 17 años no podrán circular solos por las calles a partir de las 23:00 horas de domingo a jueves y a partir de las 24:00 horas de viernes y sábados»⁵⁶. Los movimientos de defensa de las víctimas y la tendencia a exigir de las instituciones judiciales la garantía de seguridad social, a juicio de BERNUZ, han transformado bajo presión, la criminalización primaria en la justicia de menores⁵⁷.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Se considera necesario que el conocimiento de la Ley Penal del Menor, se imparta a los menores especialmente, así como a los padres, cuidadores y a la sociedad en general. Es importante que esta labor de formación tenga un carácter integral que abarque no sólo su contenido jurídico sino también los resultados positivos que ha producido en la comunidad su aplicación. Y en esta labor de información es de importancia la función de los medios de comunicación social.

Los medios de comunicación refuerzan la sensación social de inseguridad y la necesidad de venganza social, resultando necesaria la concienciación de los

⁵⁴ «Los medios pueden revelarse particularmente peligrosos en la creación y la difusión de los estereotipos. La impresión actual y generalizada de que la violencia y la criminalidad juveniles están en alza, o cuando menos fuera de control, es un buen ejemplo de ello. Una impresión de la que los medios son en buena parte responsables por su cobertura sistemática de acontecimientos inquietantes. Los estereotipos negativos no afectan sólo a la visión que los adultos tienen de la juventud, sino incluso a la forma en que los jóvenes se perciben a sí mismos. La convicción de que el resto del mundo no les comprende ni les respeta no mejora su autoestima». Véase GARCÍA GONZÁLEZ, A. (2005), «La juventud en los medios». *Revista de Estudios de Juventud*. Marzo 2005. Núm. 62. Instituto de la Juventud. Accesible en <http://www.injuve.migualdad.es>.

⁵⁵ MAROTO SÁEZ, A.L. y MANZANO BREA, N. (2006) *La emergencia de las así denominadas «bandas latinas. Inflexiones y reflexiones a pie de obra*. Revista de Servicios Sociales y Política Social, núm. 75, p. 72.

⁵⁶ «Tolerancia cero» anunció la policía. Los agentes que detecten a algún joven circulando por las calles fuera del horario permitido lo llevarán [...] a la comisaría correspondiente y avisarán a los padres para que vayan a recogerlo [...] a la cuarta o quinta infracción, no sólo tendrán que pagar 500 dólares, sino también pasar por un programa de familia educativo y correccional». *Toque de queda en Miami*, en *El País*, 24 de abril de 2010.

⁵⁷ BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2009), «Le jeu des sanctions dans la justice des mineurs espagnole. La tension entre criminalisation primaire et secondaire». *Déviance et Société*, vol. 33, núm. 3, p. 426.



profesionales de la comunicación en el proceso de implementación de la justicia restaurativa, para lo que se requiere la participación comunitaria⁵⁸.

La información sobre la infancia y la juventud en situación de riesgo, en ningún caso ha de responder a las necesidades de venganza social originadas por una opinión pública «desinformada». Por este motivo, se hace del todo imprescindible la búsqueda de un tratamiento informativo ético de la menor edad y el abordaje de las responsabilidades de los medios de comunicación en el uso de un lenguaje o contenido incorrectos.

Un tratamiento periodístico riguroso, bien orientado y sistemático de la delincuencia juvenil y sus agentes, tiene efectos sociales y políticos beneficiosos, sirviendo para aglutinar la reacción de la sociedad frente a esta violencia y fomentando la creación de una opinión pública favorable⁵⁹.

Debemos pensar que estos menores, convertidos en objeto noticioso, están protegidos por la ley frente a todo tipo de injerencias e intromisiones ilegítimas en su privacidad. Pero además, debería concedérseles generalmente la oportunidad de participar en el proceso de generación de una imagen realista y positiva sobre sí mismos, que provoque la creación de sus propios mundos informativos y evite la generación de estereotipos que incitan a la exclusión social.

Recibido: 29-10-2012. Aceptado: 05-02-2013.



⁵⁸ «[...] Se discrimina entre ‘violencia contra menores’ y ‘violencia perpetrada por menores’». Vid. «*Agenda-Setting* de televisión», *op. cit.*

⁵⁹ «[...] no podemos legislar a toque de emotivismo y presión de los medios de comunicación social sin excesiva capacidad de matizar los mensajes por lo que se refiere a la parroquia infanto-juvenil». SEGOVIA BERNABE, J.L. «Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos», Ararteko, p. 80.

RECLAMACIONES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMO

María Ángeles Rodríguez
Técnico de Administración General
Máster en Derecho Urbanístico de la ULL

RESUMEN

El régimen de protección de los consumidores y usuarios se caracteriza por mecanismos de resolución de conflictos de sometimiento voluntario de las partes, puesto que versan sobre materias de libre disposición en derecho, que incluso, si se opta por ello, pueden decidirse en equidad. No obstante, los consumidores y usuarios adquieren, o se les ofertan, bienes, productos y servicios, de quienes ostentan la condición de empresarios o profesionales, a través en algunos casos de contratos de adhesión, lo que hace necesario una regulación que garantice la imparcialidad, contradicción y eficacia de estos sistemas de resolución de controversias en materia de consumo.

PALABRAS CLAVE: consumidor, reclamación, conflicto, mediación, arbitraje, protección.

ABSTRACT

«Claims in the scope of the right of consumption». Consumers and customers' protection regime is characterized by resolution of conflict's mechanisms of voluntary submission of the parties, since they deal with free available subjects at law which may be arranged in equity. However, consumers and customers acquire, or they are offered goods, products and services from bussiness managers or professionals, through ascription contracts in some cases which makes necessary a regulation to ensure equanimity, contradiction and effectiveness of these disputes resolution systemsin consumption matters.

Key words: complaint, consumer, conflict, mediation, arbitration, protection.

1. CONSIDERACIONES GENERALES. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL

La protección de los consumidores y usuarios constituye en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea un mandato a la Comunidad para garantizar una protección de «*alto nivel*» en los distintos sectores, en la salud, la seguridad, los



intereses económicos, el derecho a la información, a la educación y a la organización¹. Se ha convertido, por lo tanto, en uno de los ámbitos de la sociedad más regulados por el derecho comunitario, a través de la aprobación de diversas directivas así como planes trienales de acción sobre políticas de protección a los consumidores. Todo ello, incardinado en un proceso de liberalización de los mercados en sectores fundamentales para la economía.

En este contexto, las instituciones comunitarias han impulsado la armonización legislativa en aspectos tales como los derechos de los consumidores, los contratos de créditos al consumo, el comercio electrónico, las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores o la protección en caso de contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales, entre otros; pero sin disminuir el nivel de protección que tienen los consumidores en cada uno de sus países. En particular, se ha incrementado la información y asistencia en relación con la adquisición de un bien o la utilización de un servicio en un estado diferente al nacional a través de la constitución del Centro Europeo del Consumidor.

En este marco comunitario, y por lo que respecta a nuestro país, las atribuciones del Estado y de cada una de las administraciones autonómicas en esta materia no se articulan en el cuadro de distribución competencial establecido en la Constitución Española; si bien, en lo que respecta a la protección de los consumidores, nuestra Carta Magna le atribuye el rango de principio rector de la política social y económica, para informar, como tal, la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Ante la ausencia de mención constitucional en lo que respecta a la delimitación de las competencias, el Tribunal Constitucional ha venido en establecer los criterios, señalando que la defensa del consumidor es de la competencia exclusiva de la comunidad autónoma, sin perjuicio de que determinadas normas de la ley estatal que disciplinen materias propias de otros títulos competenciales estatales sí resulten de aplicación directa en la comunidad autónoma respectiva, para asegurar las condiciones básicas de igualdad en todo el territorio español (por todas, la STC 71/1982, de 30 de noviembre)².

Siguiendo la doctrina sentada por el Alto Tribunal, el vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en lo sucesivo, TRLGDCU)—, a diferencia de sus leyes predecesoras³, se limita a enumerar en

¹ Artículo 169.1 del TFUE (antiguo artículo 153 TCE). En el mismo sentido, el artículo 38 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

² En este sentido, «*El Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de la Comunidad Autónoma*» (STC 56/1986, de 13 de mayo).

³ Varios preceptos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establecían el sistema de distribución de competencias entre el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales fueron declarados inconstitucionales por la STC 15/1989, de 26 de enero.

la disposición final primera los distintos títulos competenciales que corresponden al Estado y con base a los cuales se dictan los artículos que constituyen el cuerpo normativo de referencia.

La mayoría de las comunidades autónomas, tras asumir las competencias en lo que concierne a la defensa y protección de los consumidores en sus estatutos de autonomía⁴, mencionan en la correspondiente legislación autonómica las competencias concretas de dichas administraciones, que, en líneas generales, son las siguientes: inspección de productos y servicios (por lo común los de uso o consumo ordinario y generalizado); adopción de medidas urgentes en supuestos de emergencia; y régimen sancionador. Asimismo, suelen prever acciones de información, formación y fomento, así como de creación de oficinas de información al consumidor para la orientación y asesoramiento en los derechos y obligaciones de los consumidores y usuarios en su ámbito territorial⁵.

Los municipios cuentan entre sus competencias con las referentes a la defensa de los consumidores y usuarios, que deben ejercerse en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas⁶, si bien sin el carácter de servicios mínimos obligatorios, al no encontrarse en la enumeración del artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

La organización municipal toma en cuenta, pues, el ejercicio de estas competencias, y en líneas generales se asignan a una unidad administrativa que depende de una concejalía, alguna de cuyas funciones cuentan normalmente con mayor impulso político en su gestión, siendo servicios en ocasiones no dotados de personal o de medios materiales suficientes que garanticen la eficacia en su prestación.

A nivel local deben cobrar especial importancia los servicios de inspección de consumo y de asesoramiento e información a los ciudadanos, en colaboración con las asociaciones de consumidores y usuarios, para evitar los numerosos conflictos en materia de consumo que inciden en el desarrollo de la actividad económica municipal, especialmente en los municipios turísticos, como ocurre en nuestra Comunidad Autónoma. Todo ello lo desarrollaremos brevemente más adelante, por cuanto resulta de gran interés desde la perspectiva de la política de protección a los consumidores.

⁴ En nuestro caso, mediante el artículo 31.3 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto.

⁵ En Canarias, la Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias, se muestra como una Ley tímidamente proteccionista, necesitada de una reforma, por ejemplo, y por la materia que aquí nos ocupa, en lo que concierne a los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, que sólo prevé una regulación parca y somera.

⁶ Artículo 25.2.g de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.



2. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO

2.1. LA ACCIÓN DE CESACIÓN Y LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN VOLUNTARIA

En el ámbito del Derecho del consumo se habla de la aparición de derechos e intereses colectivos y difusos, en este caso de los consumidores, que se ven afectados como potenciales (quejas) o reales consumidores o usuarios de productos y servicios (reclamaciones y denuncias).

En este sentido, se entiende por queja toda manifestación de insatisfacción con el servicio prestado por el empresario, principalmente cuando el mismo implique desatención, relativa a tardanza o falta de consideración para el consumidor. La Recomendación 2010/304/CE sobre el uso de una metodología armonizada para la clasificación de las reclamaciones y consultas de los consumidores, define en su artículo 2 B) a las reclamaciones como toda *«manifestación de descontento con un comerciante determinado, presentada por un consumidor ante un órgano de gestión de reclamaciones, con respecto a la promoción, venta o suministro de un bien o servicio, el uso de un bien o servicio, o el servicio postventa»*.

Para la defensa y protección de los consumidores y usuarios, el ordenamiento jurídico prevé la facultad del ejercicio de la acción de cesación en materia de consumo, legitimando a determinados organismos públicos, y entre ellos, tanto al Ministerio Fiscal como a entidades u órganos de las administraciones públicas.

En concreto, la Directiva 98/27/CE, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, establece las entidades habilitadas para el ejercicio de esta acción. En su desarrollo, el artículo 54 del TRLGDCU otorga la legitimación al Instituto Nacional de Consumo, a los órganos o entidades competentes de las comunidades autónomas y entidades locales, al Ministerio Fiscal, a las asociaciones de los consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el citado Texto Refundido —o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios⁷—, y a las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

⁷ En cuanto a la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, *vid.* artículo 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Para un análisis más detallado, en cuanto a la legitimación de las asociaciones con carácter general, por todas, la STC 218/2009, de 21 de diciembre. Y con más profundidad, *vid.* ARBAIZA, C., *Los Derechos del Consumidor*, Aguilar, Madrid, 1997; BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, Madrid, 1999; LASARTE ÁLVAREZ, A. y GARCÍA GARCÍA, L.M., *Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2006; y DE LEÓN ARCE, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2003.

En cuanto a la competencia por razón de la materia, la STC 15/1989, de 26 de enero, establece los criterios a seguir para su determinación, que se concretan en el principio de especificidad de la materia, por cuanto la defensa del consumidor y usuario es el resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, y en la medida en que el Estado ostenta atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio incidirá directamente en las competencias que le corresponden a las comunidades autónomas.

Por otro lado, al margen de la acción de cesación, los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos de los consumidores y usuarios deben regirse por los principios establecidos en la Recomendación 98/257/CE relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, a saber: independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

Dichos procedimientos se basan en sistemas de sometimiento voluntario de las partes y carecen de regulación general, salvo escasos preceptos previstos en las normativas autonómicas, como es el caso del artículo 6 del Decreto 225/1994, de 11 de noviembre, por el que se regulan las hojas de reclamaciones de los consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma; al margen de las regulaciones específicas en relación a organismos de protección y defensa de los consumidores y usuarios en los distintos ámbitos sectoriales, tanto nacionales como transfronterizos.

Así, para formular reclamación, según el citado Decreto autonómico, el usuario solicitará hoja de reclamaciones al establecimiento, y en caso de inexistencia o negativa a facilitarla, lo hará por el medio que considere más adecuado, indicando esta circunstancia, y exponiendo claramente los hechos que motivan la queja o reclamación, con expresión de la fecha en que ésta se formule.

El original de la reclamación, al que el usuario unirá cuantas pruebas sirvan para una mejor valoración de los hechos, se remitirá en el plazo de un mes a las autoridades competentes en materia de consumo de donde se encuentre ubicado el establecimiento⁸, quienes dispondrán de un plazo de diez días hábiles para remitirla a la entidad reclamada, que podrá alegar cuanto estime conveniente.

Por último, formuladas las alegaciones o transcurrido el plazo fijado para ello, la autoridad competente incoará si procediere la tramitación del oportuno

⁸ Entre los órganos competentes debemos mencionar la Dirección General de Comercio y Consumo del Gobierno de Canarias (artículo 21.2.B.ñ del Decreto 405/2007, de 4 de diciembre, por el que se regula el Reglamento Orgánico de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, en su redacción dada por el Decreto 77/2011, de 24 de marzo) y las autoridades competentes de las entidades locales (a las que el artículo 46 de la Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias atribuye competencias en la materia). Asimismo, las juntas arbitrales de consumo y el Centro Europeo del Consumidor, integrado este último dentro de la Red de Centros Europeos del Consumidor, cuya oficina tiene sede en Madrid, Barcelona y Victoria, en relación a las reclamaciones «transfronterizas», es decir, siempre que el consumidor o usuario residente en España reclame contra una empresa situada en otro Estado de la Unión Europea, o sea, de uno de los Estados miembros y quiera reclamar contra una empresa o establecimiento español.



expediente por irregularidades que supongan infracciones administrativas de acuerdo con las disposiciones vigentes en materia de defensa del consumidor, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que pudieran corresponder⁹.

2.2. EN PARTICULAR, EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

El arbitraje de consumo puede definirse como una institución jurídica de resolución extrajudicial de controversias en materia de consumo, de composición heterogénea, mediante la cual un tercero imparcial, al que se han sometido las partes, resuelve el litigio que haya surgido o pueda surgir entre ellas, con renuncia al sometimiento del asunto a la jurisdicción competente y con los mismos efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva que una resolución judicial¹⁰.

En desarrollo del artículo 53 de la CE, la disposición final sexta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora y protección de los intereses y usuarios, estableció que, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno había de dictar una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, incluyendo también el arbitraje virtual.

Así, tras la aprobación en el año 2007 del TRLGDCU y la previsión del sistema arbitral en sus artículos 57 y 58, con el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, se pretende dar solución a aquellos aspectos del sistema arbitral de consumo que se consideraban necesitados de reforma para incrementar la seguridad jurídica de las partes y la homogeneidad del sistema, así como establecer una nueva regulación de la actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de las juntas arbitrales de consumo y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, la promoción de la mediación en el seno del procedimiento arbitral, la admisibilidad de la reconvencción en el arbitraje de consumo o la regulación de modalidades de consumo electrónico¹¹.

En este sentido, las administraciones públicas propiciarán, en sus respectivos ámbitos, que las entidades o empresas, especialmente las de capital exclusiva o mayoritariamente público, así como las privadas que gestionen servicios públicos o reciban recursos de aquéllas, establezcan en sus contratos la adopción del sistema arbitral de consumo para resolver los conflictos de los consumidores y usuarios

⁹ Conforme señala el artículo 45.3 de la Ley autonómica 3/2003, de 12 de febrero, corresponde a los órganos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias: «*b*) Apoyar a las entidades locales [...] y actuar supletoriamente cuando aquéllas no puedan desarrollar las funciones previstas en la presente Ley [...] g) Ejercer la potestad sancionadora, con base en la competencia atribuida en la presente Ley». En el mismo sentido, el artículo 21 del Decreto 405/2007, de 4 de diciembre, por el que se regula el Reglamento Orgánico de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, que establece las funciones de la Dirección General de Comercio y Consumo del Gobierno de Canarias.

¹⁰ GUTIÉRREZ DE CABIENDAS, P., «Sistema arbitral del consumo», en S. CÁMARA LAPUENTE, (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, 2011, p. 455.

¹¹ *Ibidem*, pp. 453-454.

surgidos de su actividad, y ello porque los principios que informan el procedimiento arbitral se basan en la audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad; y se decide en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en Derecho.

En cuanto al procedimiento arbitral, es el Presidente de la junta quien conocerá sobre la competencia territorial de la misma en el plazo de quince días desde la presentación de la solicitud, que podrá ser inadmitida a trámite en el caso de que no reúna los requisitos mínimos exigidos por la normativa. A partir de la admisión, puede ocurrir que exista convenio arbitral válido, o que no conste o sea inválido, en cuyo caso se dará traslado al reclamado, dándole un plazo de quince días para la aceptación del arbitraje y la mediación previa, así como para la contestación a la reclamación formulando alegaciones y presentando o proponiendo pruebas. En el caso de existencia de un convenio arbitral válido, se acuerda la iniciación del procedimiento y la notificación a las partes, para continuar con las actuaciones de la fase de instrucción ya mencionadas.

Por lo que respecta a la mediación, la normativa estatal únicamente prevé que se someterá a la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, y que el mediador estará sujeto a los requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros. Así, de todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos aportados por una de las partes se dará traslado a la otra. Asimismo, se pondrá a su disposición los instrumentos probatorios y los informes periciales en los que el órgano arbitral pueda fundar su petición.

La audiencia podrá ser escrita u oral, resolviendo el órgano arbitral sobre la aceptación o rechazo de las pruebas propuestas por las partes y proponiendo, en su caso, la práctica de aquellas complementarias que se consideren imprescindibles para la solución de la controversia. Finalmente, el laudo arbitral, que decide sobre el fondo del asunto, se dictará en el plazo prorrogable de seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento; y en ningún caso el silencio, la falta de actividad o incomparecencia podrán considerarse como allanamiento o admisión de los hechos¹².

¹² Para un análisis más detallado, puede consultarse: AAVV, *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, E. GONZÁLEZ PILLADO (coord.), Tecnos, Madrid, 2010; y MARCOS FRANCISCO, D. «Nueva perspectiva del arbitraje de consumo a la luz del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 16, 2008.



3. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LOS DISTINTOS SECTORES

3.1. SERVICIOS FINANCIEROS

La protección de los consumidores en los mercados financieros ha constituido un objetivo primordial para el legislador especialmente en los últimos años, y ello por ser un sector bastante complejo desde la perspectiva de los clientes bancarios, así como por las operaciones que se realizan y la importancia en la actividad económica que conllevan.

En el marco del Derecho comunitario, hay que mencionar la Directiva 2004/39/CE, que tiene entre sus objetivos primordiales potenciar y reforzar la protección de los inversores minoristas, y que constituye uno de los hitos más recientes en la construcción del derecho comunitario financiero.

Por lo que respecta a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, y, en el ámbito nacional, a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, excluyen de su ámbito de aplicación los servicios financieros, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.

La proliferación normativa en esta materia, que ya venía siendo abundante en las últimas décadas¹³, se ha visto incrementada con motivo de las medidas que el Gobierno ha tomado recientemente para intentar paliar la crisis económica de nuestro país, y que sólo hasta mediados de 2012 se concretan en las siguientes normas de ámbito financiero: Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público; Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos; Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; y Real Decreto Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de activos inmobiliarios del sector financiero;

¹³ Sirva de ejemplo: Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero; Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo; Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos; Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago; Orden 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a los clientes y publicidad de las entidades de crédito; Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; y Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, Régimen jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito.

Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento para la competitividad; y Real Decreto Ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones Públicas y en el ámbito financiero.

Por lo que respecta a los contratos privados celebrados entre el cliente y las entidades de crédito, están basados en la confianza, y son contratos de adhesión, que se formalizan en formularios impresos sin que admitan discusión sobre la mayor parte de sus cláusulas, de ahí que el control de la publicidad y el derecho a la información en la fase precontractual y en la de ejecución del contrato cobren especial importancia.

La proliferación de los contratos celebrados entre el proveedor de servicios financieros y el consumidor, cuando se utilizan exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluyendo las ofertas relativas a los mismos, ha sido objeto de regulación específica por la Ley 22/2007, de 11 de julio, que no sólo abarca los servicios financieros prestados en internet, sino que también es aplicable a las comunicaciones telefónicas, por fax o por correo ordinario, entre otras.

Por otro lado, en cuanto al procedimiento para la tramitación de las quejas y reclamaciones en materia financiera, la ORDEN ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y defensor del cliente de las entidades financieras, en sus artículos 10 y siguientes, establece un procedimiento detallado para su tramitación, del que podemos destacar que permite la utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en su tramitación, siempre que permitan la lectura, impresión y conservación de los documentos; siendo el plazo para la presentación de reclamaciones el determinado en el reglamento para la defensa del cliente de la entidad financiera, sin que pueda ser inferior a dos años a contar desde la fecha en que el cliente tuviera conocimiento de los hechos causantes de la queja o reclamación.

Los departamentos o servicios de atención al cliente y los defensores del cliente podrán recabar información en el curso de la tramitación de los expedientes, tanto del reclamante como de los distintos departamentos y servicios de la entidad afectada, solicitando cuantos datos, aclaraciones, informes o elementos de prueba consideren pertinentes para adoptar su decisión. En el caso de que el asunto sea conocido por el defensor del cliente, se habilitará un plazo, cuya duración será fijada en el reglamento de funcionamiento, para que la entidad afectada presente sus alegaciones.

El expediente debe finalizar en el plazo máximo de dos meses a partir de la fecha en que la queja o reclamación fuera presentada en el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, del defensor del cliente, y en el supuesto de no obtener respuesta, o si ésta no fuese favorable, podrá elevarse la reclamación al servicio de reclamaciones del Banco de España.

Por último, resulta conveniente abordar, si quiera sea brevemente, la STS 792/2009, de 16 de diciembre, sobre nulidad de cláusulas tipo de contratos bancarios que resultan abusivas para los usuarios de los servicios, con ocasión de la interposición de recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad Caja Madrid y la Organización de Consumidores y Usuarios, por



vulneración, entre otros, del artículo 10 del TRLGDCU, en lo que respecta a la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios.

De las diecisiete cláusulas impugnadas, fueron declaradas nulas, al menos parcialmente, trece, entre las que se encuentran aquellas que descargan en los propietarios de libretas o tarjetas los perjuicios acarreados por su robo o uso fraudulento, en tanto esas circunstancias no sean comunicadas a las entidades financieras; así como las cláusulas que eximen a dichas entidades de cualquier responsabilidad en caso de que alguien sustraiga el PIN o contraseña de la tarjeta por coacción o fuerza mayor; y aquella por la que debe responder el consumidor en el caso de que alguien falsifique un cheque, por los daños causados en caso de transmisiones por vía informática.

Por lo que respecta a los créditos hipotecarios, se anula la cláusula que prohíbe vender o enajenar el bien que garantiza la hipoteca; la de renuncia a ser informado de la cesión de la hipoteca u otra clase de créditos a otra entidad; la de rescisión de un contrato de préstamo hipotecario por cualquier causa; y la que permite aplicar vencimientos anticipados de los créditos cuando haya un embargo de bienes o disminuya la solvencia del prestatario por cualquier causa. Asimismo, también se estima que el deudor tiene derecho a hacer uso de un plazo para tratar de refinanciar su deuda, siendo discrecional la facultad de resolución del contrato por «vencimiento anticipado desproporcionado».

El Alto Tribunal, además, declara abusivas y por tanto nulas, las cláusulas que impiden al consumidor conocer qué comisiones le va a cobrar la entidad; las que le obligan a acudir a tribunales distintos a los que corresponderían en función de su domicilio; y la de hacerse cargo de todos los gastos que suponga un proceso judicial, sea cual sea el resultado del procedimiento.

3.2. SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

El sector de las telecomunicaciones se caracteriza por ser un mercado en donde actúan un reducido número de operadores, enmarcado en las políticas de liberalización de la Unión Europea de los últimos años, lo que obliga a dotar a los consumidores y usuarios de procedimientos que protejan de modo efectivo sus derechos.

Entre la normativa europea sobre telecomunicaciones, hay que mencionar, entre otras, la *Directiva 2009/136/CE* por la que se modifican la *Directiva 2002/22/CE* relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y la *Directiva 2009/140/CE* por la que se modifican la *Directiva 2002/21/CE* relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, así como el *Reglamento 1211/2009/CE*, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina¹⁴.

¹⁴ Asimismo, la *Directiva 2002/58/CE* relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; la *Directiva 2002/19/CE*



Respecto a las consecuencias que las disposiciones sobre libre acceso a las actividades de servicios tienen en esta materia, se debe señalar que la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, excluye expresamente de su ámbito de aplicación los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por la legislación sobre comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, a nivel estatal, la regulación de los derechos de los consumidores y usuarios en materia de telecomunicaciones está recogida en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que se desarrolla por el RD 899/2009, de 22 de mayo, que aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas¹⁵.

Por lo que respecta a los procedimientos de mediación o resolución de controversias, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, regula un procedimiento específico entre los operadores y los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas, así como la Orden ITC 1030/2007, de 12 de abril. En este sentido, el usuario debe intentar una mediación con el operador, dirigiéndose al servicio de atención al cliente de aquél, a través de los órganos competentes en materia de consumo que hayan establecido las comunidades autónomas, en el plazo de un mes desde que tiene conocimiento del hecho que motiva la reclamación, o desde la fecha de recepción de la factura, si su pretensión es reclamar contra ésta. Si en dicho plazo no obtiene una respuesta o la misma no satisface al usuario, éste podrá optar entre dirigir su reclamación a las juntas arbitrales de consumo —siempre que la operadora esté adherida— o dirigirse, en el plazo de los tres meses siguientes, al servicio de reclamaciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, la cual deberá dictar resolución a la reclamación planteada en el plazo de seis meses, que pondrá fin a la vía administrativa.

Aun cuando por la naturaleza de la materia las administraciones públicas deben propiciar las ofertas de adhesión a los sistemas arbitrales, o la firma de convenios para el sometimiento de las partes a mecanismos de resolución voluntaria de conflictos, en los últimos tiempos los organismos públicos gratuitos, como por ejemplo las oficinas municipales de atención al ciudadano, constituyen verdaderos servicios de atención al cliente de las grandes compañías privadas, especialmente las de telefonía.

relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; el Reglamento 2006/2004/CE sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores; y la Directiva 2009/140/CE por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

¹⁵ El artículo 38 de la Ley 32/2003 dispone, por una parte, que los derechos de los consumidores y usuarios que reconoce sean regulados por una norma reglamentaria (en lo principal, hoy, el ya citado RD 899/2009), cuyo contenido fija en gran manera; al tiempo que, por otra parte, contiene preceptos que no requieren de ese desarrollo reglamentario.



En este último campo, y dado el volumen de reclamaciones presentadas por los usuarios de las empresas de telefonía, merecen especial atención los contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones en lo relativo a sus cláusulas de acceso a ADSL y tarifa plana, en lo concerniente a la comunicación de datos personales, que requeriría el consentimiento inequívoco del cliente para el tratamiento de sus datos de carácter personal, salvo que dispusiera otra cosa. En este sentido, la STSJ de Madrid de 13 de octubre de 2008 consideró, de conformidad con lo establecido en el TRLGDCU, que la inclusión en las condiciones generales de los contratos que suscriban los consumidores de cláusulas que limiten o vulneren los derechos reconocidos a los mismos por las disposiciones que resulten aplicables son abusivas, por cuanto imponen una renuncia o limitación de derechos al usuario de estos servicios.

3.3. SUMINISTRO ELÉCTRICO

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, establece la separación entre las actividades reguladas —como son el transporte y la distribución de la electricidad— y las no reguladas que se ejercen en régimen de libre competencia pero se encuentran sometidas a autorización —la producción y la comercialización de la energía eléctrica, que es declarada como servicio esencial en la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la primera para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

A partir del 1 de enero de 2003, se inició progresivamente la liberalización del mercado eléctrico, que supuso, principalmente, la posibilidad de poder contratar la electricidad con empresas distintas de las que correspondían por la zona, llamadas empresas comercializadoras, y la posibilidad de aceptar una oferta de una empresa comercializadora en condiciones fijadas por Ley.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, que establece como principio general el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no sujetos a un régimen autorizatorio, salvo excepciones, no excluye de su ámbito de aplicación a las actividades energéticas, si bien enumera una serie de actividades a las que, como excepción, no es de aplicación el principio de libre prestación para los prestadores establecidos en cualquier otro Estado Miembro, señalando expresamente las de generación, transporte, distribución y suministro de electricidad¹⁶.

No obstante esta excepción —contenida en la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior—, se elimina la autorización administrativa previa para el ejercicio de determinadas actividades del sector energético,

¹⁶ La excepción responde a la importancia de las actividades energéticas, que aunque ya no tienen la consideración de servicio público, sí contienen obligaciones de servicio público que hacen conveniente el mantenimiento de ciertas medidas de comprobación de carácter objetivo.

fundamentalmente en lo que concierne a la comercialización de la electricidad y en los regímenes de inscripción previa (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

Desde el segundo semestre del año 2009, se ha avanzado aún más en el proceso de liberalización del sector eléctrico, con la desaparición del mercado regulado, y con él las tarifas integrales, tras la aprobación del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, que regula la puesta en marcha de la tarifa denominada de último recurso (TUR), cuyo precio se fija por el Gobierno, y se suministra a través de una empresa comercializadora de último recurso (CUR), siempre que el usuario tenga contratada una potencia inferior o igual a 10 kW; si bien éste puede aceptar ofertas en condiciones diferentes en función de sus necesidades.

En el primer caso, se trata de una tarifa con un precio único, por lo que las condiciones son las mismas para todos los consumidores, independientemente de la empresa comercializadora con la que tengan contratada la electricidad. En el caso del mercado liberalizado (tarifa libre), el precio del suministro se compone de un precio regulado o tarifa de acceso, que se refiere al uso de las redes del distribuidor, y que se fija periódicamente por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo; y un precio libre, que se refiere al valor de la energía que se consume y que se adquiere al comercializador, si bien éste, al actuar como mandatario del consumidor, le cargará en la factura la totalidad del precio de suministro y abonará la parte correspondiente al uso de la red.

La complejidad de este mercado ha conllevado a la presentación de numerosas quejas y reclamaciones por los usuarios, especialmente en relación con la facturación, la calidad del servicio o discrepancias con el instalador eléctrico¹⁷. En cuanto a la gestión y tramitación de las mismas, el marco legal viene constituido, en nuestra Comunidad Autónoma, por el Decreto 141/2009, de 10 de noviembre, que aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos administrativos relativos a la ejecución y puesta en servicio de las instalaciones eléctricas, la autorización, conexión y mantenimiento de las instalaciones eléctricas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Así, los consumidores deberán dirigirse en primer lugar al servicio de atención al cliente de la compañía con la que suscribieron el contrato. Posteriormente, deberán presentar reclamación ante las oficinas municipales de información al consumidor o la dirección general de consumo de la comunidad autónoma respectiva, que llevará a cabo las labores de mediación.

Asimismo, para garantizar un adecuado nivel de protección de los consumidores, las empresas suministradoras podrán establecer procedimientos extrajudiciales

¹⁷ Entre otras podemos destacar la facturación excesiva o estimada, la ausencia de facturas, la solicitud de verificación de contadores o conceptos indebidos en la factura, así como la calidad de la atención y relación con el cliente, la interrupción del suministro o corte sin aviso fehaciente, los daños en aparatos o equipos por subida de tensión, imposibilidad de contratación del suministro eléctrico o discrepancias con el punto de conexión y la acometida, etc.



para la tramitación de las reclamaciones, ajustados a los principios de independencia, transparencia, sencillez, eficacia, legalidad y libertad de las partes. Igualmente, establece la Ley la posibilidad de acudir al sistema arbitral de consumo, que deberá ser previsto reglamentariamente (si bien, en la actualidad, las empresas eléctricas no están adheridas a este sistema), o plantear demandas ante los tribunales ordinarios de justicia.

Por su parte, la Comisión Nacional de la Competencia se encarga de garantizar la competencia leal y efectiva en los mercados de ámbito nacional, y ostenta competencias instructoras y resolutivas en todos los procedimientos en materia de defensa de la competencia. Así, con ocasión de la liberalización del mercado minorista del suministro de electricidad antes reseñada, la Comisión ha sancionado, por ejemplo, la conducta de Iberdrola, por llevar a cabo un traspaso de contratos desde la comercializadora de último recurso hasta la comercializadora en mercado libre sin recabar el consentimiento expreso de los consumidores¹⁸.

Por último, también es conveniente reseñar, en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios que se irroguen por acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, que los tribunales han venido depurando la responsabilidad del fabricante de la del resto de las personas que deben responder civilmente. Por ello, sólo cabe hablar de producto final cuando la energía eléctrica reúne las condiciones de amperaje o voltaje adecuados. Por su parte, es el fabricante el titular de la red de distribución y, por tanto, el responsable de estos procesos, puesto que la sobrecarga —o corte o interrupción de energía— no pueden atribuirse al titular transformador, por cuanto no es quien produce la energía (por todas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 14 de mayo de 2003).

3.4. SECTOR DEL TRANSPORTE AÉREO

El transporte aéreo de personas y mercancías cuenta con una notable proliferación normativa, ante el desconocimiento de la mayoría de los usuarios, que viene constituida por normas de nivel comunitario e internacional, así como de carácter estatal.

Entre las primeras, debemos mencionar el Reglamento 622/2003/CE, por el que se establecen las medidas para la aplicación de las normas comunes de seguridad aérea; y el Reglamento 261/2004/CE, por el que se regulan normas comunes sobre

¹⁸ El mencionado artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, señala expresamente: «*La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*».

compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos¹⁹.

En el ámbito internacional, el Convenio de Varsovia de 1929, modificado por el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional²⁰. Y a nivel estatal, la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea; la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea; el Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualizan las indemnizaciones por daños previstos en la Ley 48/1960, de 21 de julio; y el Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

Por lo que respecta a la distribución competencial, la normativa antes reseñada explicita las competencias que tienen atribuidas los distintos órganos administrativos. En concreto, y sin perjuicio de las facultades que corresponden a otras administraciones públicas en ejercicio de sus competencias, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea ostenta las potestades inspectoras y sancionadoras en materia de aviación civil, la protección del usuario del transporte aéreo, la iniciativa para la aprobación de la normativa reguladora en los ámbitos de la seguridad aérea y la evaluación de riesgos en materia de seguridad de la aviación (RD 148/2008, de 8 de febrero)²¹.

Particularmente, la Agencia Estatal tiene encomendadas, entre sus funciones, la de velar por aquellas normas, tanto comunitarias como nacionales, que tienen como objetivo la protección del usuario del transporte aéreo, en especial, el Reglamento 261/2004/CE, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los viajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos.

En cuanto al régimen de protección de los derechos de los usuarios, es de aplicación tanto a los pasajeros de vuelos regulares, como a los de vuelos no regulares, incluidos los que forman parte de viajes combinados; y las principales materias objeto de reclamación versan sobre la denegación, cancelación o retrasos de vuelos²², la pérdida y deterioro de equipaje y algunas prácticas comerciales que en algunos casos pueden considerarse abusivas, tales como el cobro por equipaje independientemente

¹⁹ Asimismo, debemos destacar el Reglamento 1107/2006/CE, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo; el Reglamento 1008/2008/CE sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la comunidad que refunde diversos reglamentos; y el Reglamento 390/201/CE que modifica el Reglamento 474/2006/CE, por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad.

²⁰ Este Convenio es desarrollado por el Reglamento 2027/1997/CE, modificado por el Reglamento 889/2002/CE, relativo a la responsabilidad de las compañías aérea respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje.

²¹ En particular la Agencia Estatal de Seguridad Aérea por la efectiva aplicación del Reglamento 261/2004/CE, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los viajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos.

²² En materia de denegación de embarque y cancelación o gran retraso de vuelos, resulta interesante consultar la STJUE, de 19 de noviembre de 2009.



del peso, volumen o características del mismo²³, o el cobro por la emisión de la tarjeta de embarque en aquellos casos en que ésta no se efectúe *online*²⁴, entre otros.

Por último, hay que destacar, a la vista de la cantidad de reclamaciones presentadas por los usuarios y en referencia a la relación existente entre las agencias de viajes y los usuarios, derivada de la venta de billetes de avión, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Abona de fecha 8 de enero de 2003, que se pronuncia reconociendo que la labor de la agencia termina con la correcta emisión de los billetes a nombre de la compañía aérea tras la confirmación de la reserva, comunicando al cliente cualquier modificación al respecto, siendo todas las circunstancias que concurren con posterioridad cuestiones entre las partes contratantes, es decir, la compañía aérea y el usuario. En dicha Sentencia se señala expresamente:

[...] Dicho contrato es calificable como un contrato de servicios sueltos, ya que la agencia desarrolló una actividad de mediación calificable de contrato de comisión de transporte por medio de otro transportista, no contratando en nombre propio, pues como puede observarse expidió los billetes a nombre de quienes debían realizar el transporte, los comitentes, por lo que la comisionista (la agencia de viajes) no se obligó a prestar el transporte, y dado que la misma cumplió su comisión poniendo a disposición del ahora apelante los billetes a nombre de quienes debían realizar el transporte, y dado que la misma cumplió su comisión poniendo a disposición del ahora apelante los billetes, es ajena al contrato de realización [...].

4. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL ÁMBITO LOCAL

Las oficinas municipales de información al consumidor (OMIC) se constituyen como servicios gratuitos de información y orientación a los consumidores que, además, propician a través de la mediación entre el consumidor y la empresa, la resolución voluntaria de conflictos en materia de consumo. Asimismo, mantienen canales de colaboración con las juntas arbitrales de consumo, a las que remiten las reclamaciones si el reclamante así lo solicita; y con los servicios de inspección de consumo, a los que dirigen las denuncias de los consumidores y aquellas reclamaciones en las que se adviertan posibles infracciones en esta materia.

Las atribuciones de las OMIC, por tanto, pueden clasificarse como típicas: información, orientación y asesoramiento; registro de reclamaciones y denuncias; educación y formación a través de las denominadas campañas de información; y

²³ *Vid.* artículo 97 de la Ley 48/1960, de 21 de julio.

²⁴ *Vid.* artículo 2f) del Reglamento CE/261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona de 22 de diciembre de 2010.

sede del sistema arbitral de consumo; y atípicas: inspección y colaboración con las organizaciones de consumo²⁵.

En cuanto al cometido de sede arbitral, conviene recordar que, según dispone el artículo 14 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las funciones arbitrales únicamente se ejercen por corporaciones de derecho público y entidades públicas o asociaciones y entidades sin ánimo de lucro cuando así lo prevean sus normas reguladoras; y las juntas arbitrales de consumo —y menos aún las oficinas municipales de información al consumidor— no tienen encaje ni en unas ni en otras. Ahora bien, al margen del olvido del legislador respecto al arbitraje de consumo, en la práctica las juntas arbitrales desempeñan arbitrajes institucionales de carácter público administrativo²⁶, cuya sede en numerosas ocasiones se establece en las propias oficinas, con la finalidad de acercar la actividad arbitral a las partes en controversia.

Por otra parte, la regulación de las OMIC es bastante parca y somera, limitándose a unos escasos preceptos en las normativas autonómicas, como ocurre en el caso de nuestra Comunidad Autónoma, cuya Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios, establece las competencias de dichas oficinas en su artículo 16²⁷. Pese a ello, en la citada normativa, el legislador canario parece potenciar expresamente su ámbito competencial, cuando a sus funciones les da el carácter de mínimos —aunque agrupa prácticamente todas las permitidas por la naturaleza de estos órganos—, y ordena a las Administraciones públicas canarias a su implantación, fomento y desarrollo, dentro de los principios de coordinación y colaboración administrativa.

El resto de la regulación viene establecida en las ordenanzas municipales en materia de consumo, que no siempre se encuentran en el elenco normativo de las

²⁵ GUILLÉN CARAMÉS, J., «Las oficinas de información al consumidor: especial atención a las de ámbito local», *Jornadas de Derecho Administrativo Local*, 1, 2007.

²⁶ LORCA NAVARRETE, A.M.^a y SILGUERO ESTAGNAN, J., *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 200. Para un análisis de la materia, *vid.* FLORENSA TOMÁS, C. (coord.), *El Arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004 y GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Aranzadi, 2004.

²⁷ El artículo 16 de la Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias, señala expresamente: «1. Las Administraciones Públicas de Canarias fomentarán la consolidación, implantación y desarrollo de las oficinas de información al consumidor, diseñando mecanismos de coordinación y colaboración. 2. Las funciones a desarrollar por tales oficinas serán como mínimo las siguientes: a) información, ayuda, orientación y asesoramiento sobre derechos y obligaciones de los consumidores y usuarios; b) recepción de las reclamaciones y denuncias en materia de consumo y traslado de las mismas, en su caso, al órgano administrativo competente para su resolución; c) propiciar sistemas de resolución voluntaria de las reclamaciones; d) educación y formación individual y colectiva de los consumidores y usuarios; y f) En general, la atención, defensa y protección de los consumidores y usuarios, de acuerdo con lo establecido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen. 3. En el desarrollo de sus funciones, las oficinas de información al consumidor fomentarán y divulgarán el Sistema Arbitral de Consumo sirviendo de sede cuando sea necesario para el desarrollo de las actividades de la Junta Arbitral de Consumo de Canarias».



entidades locales, y si existen, apenas repiten los preceptos contenidos en las normas de ámbito autonómico. La importancia de la función de mediación y la seguridad jurídica para los consumidores y usuarios en cuanto a la tramitación de sus quejas y reclamaciones, así como la recepción de las denuncias, podría justificar el dotar a estas oficinas de reglamentos de organización y funcionamiento que les den entidad propia, puesto que no todos los Ayuntamientos tienen la capacidad económica, técnica y jurídica para el establecimiento de servicios municipales de inspección, si bien cubren las necesidades competenciales en materia de consumo con el establecimiento de oficinas municipales de información al consumidor.

La mediación, como técnica de resolución de conflictos, proporciona a las partes un control sobre el proceso y los resultados, especialmente cuando conlleva una entrevista, en la que se llega con mayor facilidad a la decisión en equidad, aun cuando, a diferencia de la conciliación o el arbitraje, el mediador es un simple intermediario que sólo debe llegar a poner en contacto a las partes, pero sin influir en la resolución final.

Regular en normas propias las competencias municipales en materia de consumo, las funciones concretas de las OMIC y la coordinación de sus actividades con otras administraciones públicas, especialmente con las asociaciones de consumidores y usuarios, así como desarrollar mediante la aprobación de las oportunas ordenanzas los sujetos legitimados para presentar las reclamaciones, el objeto que pueden tener las mismas y las exclusiones desde un punto de vista material, las diferentes fases del proceso de tramitación, o el establecimiento de una sede para la oficina, conlleva a garantizar la seguridad jurídica para los ciudadanos, que se constituyen destinatarios finales de los productos, bienes o servicios que se comercializan y distribuyen en el municipio, así como la asunción del ejercicio de esta competencia local desde la responsabilidad y el logro de parámetros de calidad en la actividad económica municipal.

Recibido: 26-12-2012. Aceptado: 05-02-2013.



LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Antonio Brito Pérez
Doctor en Derecho UNED y Abogado

RESUMEN

El objetivo de este artículo es contribuir al estudio de la evolución en la incorporación de las Comunidades Autónomas españolas en el ordenamiento jurídico-institucional de la Unión Europea. Aborda la temática en el marco de los denominados Estatutos de Autonomía de última generación. El estudio de la cuestión se realiza analizando los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía, Valencia, Cataluña, Castilla y León, Baleares, y Aragón; así como los proyectos que finalmente no vieron la luz de Canarias y Euskadi.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, Derecho Administrativo, Comunidades Autónomas, Estatutos de Autonomía.

ABSTRACT

«The participation of the autonomous communities in the European union to the new statutes of autonomy». The aim of this paper is to contribute to the study of evolution in the incorporation of Spanish autonomous communities in the institutional system of the European Union. It addresses the theme within the framework of the so-called autonomy statutes of last generation. The study of the issue is carried out by analyzing the new Statute of autonomy of Andalusia, Valencia, Catalonia, Castile and Leon, the Balearic Islands, and Aragon; as well as projects which did not finally see the light of Canary and Basque country.

KEY WORDS: European Union, Administrative Law, autonomous communities, Statutes of autonomy.

1. INTRODUCCIÓN

No le falta razón a VIDAL BELTRÁN¹ al decir que el ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas en las instituciones de la Unión Europea ha sido uno de los aspectos en el que más han incidido las reformas estatutarias llevadas a cabo hasta la fecha, y también las que se irán realizando en el futuro.



A juicio del profesor HERRERO DE LA FUENTE², la diferencia entre las diversas reformas estatutarias no radica en su contenido sino, fundamentalmente, en la extensión de dichas disposiciones —y, por lo tanto, en su prolijidad— y en el tono utilizado, que puede ser más reivindicativo o más garantista en unos casos que en otros, en función del grado de desconfianza —que suele ser mutua— con relación al Estado.

El profesor ALBERTÍ³ resalta que no debe sorprender que los Estatutos de Autonomía y, concretamente, las últimas reformas estatutarias presenten un perfil que parezca inclinarse hacia el bilateralismo, ya que ese es el terreno típico y natural en el que se desenvuelven los Estatutos de Autonomía.

Abundando en la cuestión, SÁNCHEZ AMOR⁴ dice que esta ola de reformas es sobre todo una exhibición de bilateralismo, y no sólo por cuestiones de procedimientos sino de contenido, resaltando que los Estatutos reformados han sido deliberadamente activos en reforzar los mecanismos de relación bilateral al tiempo que descuidaban el refuerzo de los mecanismos multilaterales.

Enfocando la participación de las comunidades autónomas en la política europea desde un punto de vista interno, se puede afirmar que el proceso se caracteriza por las siguientes notas⁵.

En primer lugar, el planteamiento «conflictual» de la cuestión con el que se arrancó en 1986 se abandonó, especialmente a partir de 1990, por un sistema de colaboración entre autoridades estatales y comunidades autónomas. En segundo lugar, durante los primeros tiempos el gran debate se centró en la denominada «fase

¹ José María VIDAL BELTRÁN fue director general de Cooperación Autonómica, *Vid. VIDAL BELTRÁN, José María, «La participación de las Comunidades Autónomas y el uso de sus lenguas oficiales en las instituciones de la Unión Europea», en Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 13, 2º semestre 2007, Madrid Editorial Colex, op. cit., p. 102.*

² El profesor Alberto Herrero de la Fuente es catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, y titular de la cátedra Jean Monnet de Derecho de la Unión Europea de la Universidad de Valladolid. *Vid. HERRERO DE LA FUENTE, Alberto y CORRAL SUÁREZ, Margarita M., «La acción exterior en el nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León», en GARCÍA PÉREZ, Rafael, La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias, Madrid, Editorial Tecnos, 2009, op.cit., p. 132.*

³ *Vid. ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch «¿ Pueden los estatutos suplir el déficit constitucional relativo a la previsión de relaciones intergubernamentales?: (las relaciones de las CCAA con el Estado, las demás comunidades y la Unión Europea en las reformas actuales de los Estatutos de autonomía)», en Asociación de Constitucionalistas de España. Congreso Nacional (4º 2005 Jaen), La reforma de los Estatutos de Autonomía: actas del IV Congreso nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 713-736; también en «Problemas de articulación y de colaboración en el Estado autonómico desde una perspectiva interna y de derecho europeo», en VVAA, Reformas territoriales: jornadas de Sigüenza, Madrid, Pablo Iglesias, 2006, pp. 139-151.*

⁴ SÁNCHEZ AMOR, Ignacio, «Actuación exterior autonómica y sistema de relaciones entre niveles de gobierno. La insuficiencia de las actuales reformas estatutarias», en GARCÍA PÉREZ, Rafael, La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias, Madrid, Editorial Tecnos, 2009, op. cit., pp. 30-31.

⁵ *Cfr. PÉREZ TREMS, Pablo, «La acción exterior y la participación europea ante una posible reforma del Estatuto de Cataluña», en VVAA, Estudios sobre la reforma del Estatuto de Cataluña, Barcelona, Institut d'Estudis Aunòmics, 2004, op.cit., pp. 366-367.*

descendente de ejecución del derecho comunitario». En la actualidad, sentados los principios generales en esa materia, el centro de gravedad se ha desplazado a la fase ascendente de participación de las comunidades autónomas en la política comunitaria, tanto española como, en su caso, de las propias instituciones comunitarias. En tercer lugar, y al igual que ha sucedido en buena medida en toda la construcción del Estado de las autonomías, el papel del Tribunal Constitucional ha sido decisivo no sólo para solucionar los conflictos concretos, sino para impulsar la necesidad de fórmulas de colaboración. En cuarto lugar, no cabe duda que tanto las experiencias del derecho comparado como, aunque en menor medida, la tímida «regionalización» de las instituciones comunitarias, especialmente plasmada en la creación del Comité de las Regiones, han servido de impulso, y a veces de modelo parcial, para la descentralización de la política comunitaria española. Por último, hay que destacar que, desde el punto de vista teórico, la propia dinámica institucional ha contribuido de forma decisiva a ir perfilando el fundamento constitucional de la acción europea de las comunidades autónomas.

Después de más de 25 años de andadura del Estado de las Autonomías, y de las correspondientes reformas estatutarias, parece pertinente avanzar aún más en la implicación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea como una vertiente privilegiada en la paradiplomacia o relaciones exteriores por parte de las Comunidades Autónomas. Pues bien, en las líneas que siguen, avanzaremos las novedades más sobresalientes en la materia acaecidas en las últimas reformas estatutarias, destacando que los principios-ejes⁶ que se han recogido en los mismos han sido los siguientes:

- La facultad de las Comunidades Autónomas de participar en la formación de la posición negociadora del Estado español ante la Unión Europea, cuando afecte a los intereses y competencias de las mismas, mediante mecanismos bilaterales o multilaterales.
- La facultad de las Comunidades Autónomas de dirigir al Estado las observaciones y propuestas que estimen convenientes en relación a iniciativas, propuestas, proyectos normativos y decisiones en tramitación en la Unión Europea, así como el derecho a ser informadas de tales proyectos.
- La facultad de las Comunidades Autónomas de estar presentes en las instituciones de la Unión Europea para la defensa y promoción de sus intereses y para favorecer la necesaria integración de las políticas autonómicas con las estatales y europeas.
- La facultad de las Comunidades Autónomas de desarrollar y ejecutar el derecho de la Unión Europea en las materias de sus competencias.
- El derecho de las Comunidades Autónomas a promover la cooperación y a establecer las relaciones que estimen convenientes con las regiones europeas con las que compartan objetivos e intereses.

⁶ En el mismo sentido, *vid.* VIDAL BELTRÁN..., «La participación...», *op. cit.*, p. 102.



2. LOS MÁS CONFORMISTAS: ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA Y FRUSTRADO PROYECTO EN CANARIAS

El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía⁷ recoge aspectos fundamentales de la actividad exterior de Andalucía en la escena internacional. Entre estos aspectos importantísimos hay cuatro de ellos que merecen ser tenidos en cuenta: la acción exterior propiamente dicha, es decir, la participación de Andalucía en la elaboración de normas jurídicas internacionales, las relaciones con la Unión Europea, la Cooperación al Desarrollo y la Cooperación Transfronteriza.

Dedica, además de los diez artículos específicos sobre las relaciones con las Instituciones de la Unión Europea⁸ y sobre la cooperación al desarrollo, incluyendo la transfronteriza⁹, el Capítulo IV, con cinco artículos, a lo que denomina «Acción Exterior»¹⁰.

LA PARTICIPACIÓN EN LA FASE ASCENDENTE DEL DERECHO DE LA UNIÓN

En el Capítulo III del Estatuto, el artículo 230¹¹, que regula las Relaciones de Andalucía con las Instituciones de la Unión Europea, limita esas relaciones a las Instituciones y no con la propia Unión Europea. En este sentido, a diferencia del Estatuto catalán, las CCAA pueden relacionarse con las Instituciones comunitarias, en el marco de nuestra legislación vigente, pero no con la Unión Europea, que es el sujeto de Derecho Internacional, el cual se relaciona sólo con otros sujetos de Derecho Internacional, en este caso, el Estado.

– *Participación interna o indirecta.*

El Estatuto andaluz parte de la premisa de que la Comunidad Autónoma participa en la formación de la posición del Estado en los términos que se establezcan en el Estatuto y en la legislación sobre la materia¹², tanto de forma bilateral como

⁷ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo (BOE 68 de 20.03.07) de Reforma Estatuto de Autonomía de Andalucía.

⁸ Artículos 230 a 239.

⁹ Artículos 245 a 247.

¹⁰ Artículo 240 a 244.

¹¹ Artículo 230.- Marco de relación. «Las relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las instituciones de la Unión Europea se regirán por lo dispuesto en el presente Estatuto y en el marco de lo que establezca la legislación del Estado».

¹² Artículo 231.1.- «La Comunidad Autónoma participa en la formación de la posición del Estado ante la Unión Europea en los asuntos relativos a las competencias o a los intereses de Andalucía, en los términos que establecen el presente Estatuto y la legislación sobre la materia».



multilateral¹³. Esto es, en los asuntos que le afectan exclusivamente a la Comunidad Autónoma el Estado deberá negociar bilateralmente con la Comunidad Autónoma en la posición de España ante la Unión Europea, independientemente de que la decisión final sea o no favorable a la posición formal expresada por España. En este sentido, nos recuerda FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹⁴ que hay asuntos que se adoptan por mayoría y la decisión final pudiera no ser favorable a la posición mantenida por España. Por tanto, concluye, a lo que obliga es a mantener una posición negociada bilateralmente con Andalucía, pero no puede obligar a nada más allá del mantenimiento de una posición concreta. Cabe preguntarse, además, si alcanza la obligación de negociación bilateral en los supuestos de que se trate de una competencia no exclusiva sino concurrente con el Estado, pero afecta de forma exclusiva a Andalucía. La respuesta debe ser afirmativa, porque los asuntos no tienen por qué ser de competencia exclusiva sino que puede afectar a los intereses andaluces. Ahora bien, planteemos el supuesto de un asunto que es competencia exclusiva del Estado, pero le afecta de forma exclusiva a sus intereses ¿Tiene el Estado siempre la obligación de consensuar la posición a mantener? FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹⁵ opina que esto es problemático, pudiendo plantearse la obligación de consenso, aunque con muchas dificultades para defender tal postura, y pone el ejemplo de que el tema a debatir sea de defensa, que es una competencia exclusiva del Estado pero que en el marco de la Unión Europea pudiera traer como consecuencia la adopción de decisiones que afecten exclusivamente a Andalucía, por ejemplo, la instalación de una base o algo semejante. En realidad, lo que a Andalucía debe interesarle es participar en la formación de la voluntad del Estado. Sin embargo, no se trata sólo de participar, el nuevo Estatuto andaluz plantea otras cuestiones que van mucho más allá¹⁶. Ahora bien, existe una contradicción en los términos del párrafo tercero del artículo 231 porque si se dice que la posición expresada por Andalucía es determinante en la formación de la posición estatal, quiere decir que debe acogerse esta posición como posición del Estado. La contradicción viene en la última parte del párrafo citado, donde se señala que el Gobierno pudiera no acoger dicha posición, aunque ello debe ser motivado. Como puede comprobarse, el arreglo político en este artículo ha ido en perjuicio de la claridad jurídica y puede, incluso, coincidiendo con FERNÁNDEZ

¹³ Artículo 231.2.- «La Comunidad Autónoma debe participar de forma bilateral en la formación de la posición del Estado en los asuntos que le afecten exclusivamente. En los demás, la participación se realizará en el marco de los procedimientos multilaterales que se establezcan».

¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, «El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Acción Exterior», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, núm. 22 (2006), *op. cit.*, p. 66.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ Artículo 231.3.- «La posición expresada por la Comunidad Autónoma es determinante en la formación de la posición estatal si afecta a sus competencias exclusivas y si de la propuesta o iniciativa europeas se pueden derivar consecuencias financieras o administrativas de singular relevancia para Andalucía. Si esta posición no la acoge el Gobierno del Estado, éste debe motivarlo ante la Comisión Junta de Andalucía-Estado. En los demás casos dicha posición deberá ser oída por el Estado».



SÁNCHEZ¹⁷, influir negativamente en la propia seguridad jurídica de la norma. Quizás por ello, el legislador ha querido incluir todos estos procedimientos de positivación jurídica en el marco del artículo 233 referido a la obligación de información del Estado a la Junta de Andalucía en los asuntos que interesen a Andalucía, así como en los procedimientos judiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁸.

– *Participación externa.*

1. Participación y representación en las instituciones y organismos de la Unión Europea.

El Estatuto andaluz de nueva generación además de regular la participación de Andalucía en el procedimiento de decisión en las instituciones de la Unión Europea directamente o a través de la representación del Estado, en los términos que legalmente se establezcan, incluye otro artículo (artículo 234) que va más allá de la mera participación para adentrarse en el marco de la representación institucional, eso sí, siempre en el seno de la delegación española¹⁹. La novedad de este artículo radica en el hecho de que se da un paso más, es decir, se está tratando de ejercer la representación y la presidencia incluso de estos órganos, siempre que medie acuerdo con el Estado, sea una competencia exclusiva de Andalucía y se reconozca el ejercicio de una delegación. En el modelo catalán no es necesario el reconocimiento del ejercicio de una delegación, solamente es imprescindible el que medie acuerdo con el Estado²⁰.

¹⁷ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «EL nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía...», *op. cit.*, p. 67.

¹⁸ Artículo 233.- «El Estado informará a la Junta de Andalucía de las iniciativas, las propuestas y proyectos normativos y las decisiones de tramitación en la Unión Europea, así como de los procedimientos que se sigan ante los órganos judiciales europeos en los que España sea parte, en lo que afecte al interés de Andalucía, conforme a lo establecido en la normativa estatal. La Junta de Andalucía podrá dirigir al Estado las observaciones y propuestas que estime convenientes».

¹⁹ Artículo 234.- Participación y representación en las instituciones y organismos de la Unión Europea.

1.- La Junta de Andalucía participa en las delegaciones españolas ante las instituciones de la Unión Europea en defensa y promoción de sus intereses y para favorecer la necesaria integración de las políticas autonómicas con las estatales y las europeas. Especialmente, participa ante el Consejo de Ministros y en los procesos de consulta y preparación del Consejo y la Comisión, cuando se traten asuntos de la competencia legislativa de la Junta de Andalucía, en los términos que se establezcan en la legislación correspondiente.

2.- Cuando se refiera a competencias exclusivas de la Junta de Andalucía, la participación prevista en el apartado anterior permitirá, previo acuerdo y por delegación, ejercer la representación y la presidencia de estos órganos, atendiendo a lo previsto en la normativa que resulte de aplicación.

²⁰ El profesor RODRÍGUEZ VÉRGARA se refiere al asunto en la ponencia «Las Regiones en la Unión Europea tras los nuevos Estatutos de Autonomía», en *REDUE*, número 13, 2º Semestre 2007, Madrid, *op. cit.*, p. 251, reconociendo también dicha posibilidad para Andalucía, siempre previo acuerdo y por delegación del Estado.

2. Delegación permanente de la Junta de Andalucía.

Respecto a la Delegación Permanente de la Junta de Andalucía en Bruselas, el nuevo Estatuto lo que hace es reconocer jurídicamente una realidad actual existente, aunque la eleva a la categoría de órgano estatutario, entre otras cosas porque dice que «tendrá» y no que podrá tener. Por consiguiente, aunque cambie el signo político de la Comunidad, no se podrá prescindir de este órgano. En este aspecto, ni el Estatuto catalán ha sido tan rotundo²¹.

3. Participación en las decisiones de la Unión Europea.

El nuevo Estatuto andaluz también dedica un artículo específico a la participación en las decisiones de la Unión Europea de un modo escueto²².

4. Consulta al Parlamento de Andalucía.

Llegados a este punto, coincidimos con CARAZO LIÉBANA²³ en que es importante la intervención de las autoridades auténticamente interesadas, es decir, las autoridades regionales, en el respeto del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad. Al respecto el nuevo Estatuto de Autonomía andaluz dedica el artículo 237²⁴.

LA PARTICIPACIÓN EN LA FASE DESCENDENTE DEL DERECHO DE LA UNIÓN

En lo referente al problema de la ejecución del Derecho Comunitario, el nuevo Estatuto de Andalucía reconoce, en su artículo 235, que es Andalucía a quien le corresponde la ejecución del mismo, siempre y cuando se trate de materias de su competencia²⁵. Corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo y ejercicio del

²¹ Artículo 236.- Delegación Permanente de la Junta de Andalucía.

«La Junta de Andalucía tendrá una Delegación Permanente en la Unión Europea como órgano administrativo de representación, defensa y promoción de sus intereses ante las instituciones y órganos de la misma, así como para recabar información y establecer mecanismos de relación y coordinación con los mismos».

²² Artículo 232.- Participación en las decisiones de la Unión Europea. «Andalucía participará en los procesos de decisión en las instituciones de la Unión Europea directamente o a través de la representación del Estado, en los términos que legalmente se determinen».

²³ Cfr. CARAZO LIÉBANA, María José, «Relaciones intergubernamentales entre las Comunidades Autónomas y la Unión Europea: propuestas», en Asociación de Constitucionalistas de España. Congreso Nacional (4º 2005 Jaén), La reforma de los Estatutos de Autonomía: actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de constitucionalistas de España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, *op. cit.*, p. 784

²⁴ Artículo 237.- Consulta al Parlamento de Andalucía.

«El Parlamento de Andalucía será consultado previamente a la emisión del dictamen de las Cortes Generales sobre las propuestas legislativas europeas en el marco del procedimiento de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que establezca el Derecho Comunitario».

²⁵ Artículo 235.- Desarrollo y aplicación del derecho de la Unión Europea.

1.- La Junta de Andalucía desarrolla y ejecuta el derecho de la Unión Europea en las materias de su competencia, de acuerdo con lo que establezca una ley del Parlamento de Andalucía.



derecho de la Unión en materias de su competencia. En conexión con lo señalado, el Gobierno de la Junta de Andalucía habrá de ser consultado en la transposición del derecho de la Unión cuando afecte a competencias compartidas con el Estado. También le corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la gestión de fondos europeos en la Comunidad Autónoma que financien actividades y servicios de su competencia.

LA ACCIÓN EXTERIOR ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Estatuto de Cataluña es más contundente en el apartado referido a la acción exterior ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque establece que la Generalitat tendrá acceso a dicho Tribunal en los términos que establezca la normativa europea exclusivamente, independientemente de lo que establezca la normativa del Estado, mientras que el de Andalucía establece su intervención, sólo en virtud de la legislación nacional. Por otro lado, el Estatuto de Cataluña indica que la negativa del Gobierno a ejercer las acciones solicitadas debe ser motivada y se comunicará inmediatamente a la Generalitat, lo que no recoge el Estatuto de Andalucía²⁶.

COOPERACIÓN INTERREGIONAL

Finalmente, el Estatuto ya en vigor dedica un artículo específico a las relaciones interregionales²⁷.

Hablemos a continuación del *frustrado proyecto de reforma de Estatuto de Canarias*²⁸.

2.- En el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Junta de Andalucía podrá adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas.

²⁶ Artículo 238.- Acciones ante el Tribunal de Justicia.

1.- La Junta de Andalucía interviene en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos establecidos por la legislación del Estado.

Tendrán acceso, en su caso, al mismo si así lo establece la legislación comunitaria.

2.- En el marco de la legislación vigente en la materia, la Junta de Andalucía podrá instar al Estado y a las instituciones legitimadas el inicio de acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de los intereses de la Comunidad Autónoma.

²⁷ Artículo 239.- Relaciones con las regiones europeas.

1.- La Junta de Andalucía promoverá la cooperación, y establecerá las relaciones que considere convenientes para el interés de Andalucía, con las regiones europeas con las que comparta objetivos e intereses.

2.- Los poderes públicos de Andalucía impulsarán la presencia de las regiones en la definición de las políticas de la Unión Europea.

²⁸ Propuesta de Reforma Estatuto de Autonomía de Canarias presentada por el Parlamento de Canarias en el Congreso, *BOCG* serie B- Número 261-1 de 22.09.2006 (expediente 127/000007).



Dedica esta propuesta de reforma en su Título v «De las relaciones institucionales y acción exterior de la Comunidad Autónoma de Canarias», un capítulo dedicado a las relaciones con la Unión Europea (Capítulo II.- Relaciones con la Unión Europea y acción exterior), el cual dedica solamente cinco artículos a la materia²⁹.

En dichos artículos se incide fundamentalmente en la condición de Región Ultraperiférica de las Islas Canarias, obviando un concepto que es tan importante como el anterior, que es el de «Región con competencias legislativas». Término éste que será todavía más importante en el futuro. Su redacción, a mi juicio, es ambigua, excesivamente cautelosa y claramente insuficiente para las expectativas que se fijaron a la hora de su aprobación por el Parlamento de Canarias. Por fortuna, y por causas ajenas totalmente a las referidas a la acción exterior ante la Unión Europea³⁰, el proyecto de reforma no llegó a prosperar. Entrando en materia, se dedica el artículo 157³¹ de la propuesta de reforma estatutaria canaria a referirse a la «acción exterior». Dicho artículo fue enmendado contundentemente por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados en el seno de su ponencia correspondiente³², lo cual obedece exclusivamente a razones de interés partidista, a la vista de la redacción de los Estatutos catalán y andaluz.

PARTICIPACIÓN ASCENDENTE

Incidía la fenecida reforma estatutaria en remarcar la condición de «Región ultraperiférica» de Canarias en el precepto referido a las relaciones con la Unión Europea. En efecto, el artículo 158 establecía que la Comunidad Autónoma de Canarias participará en las instituciones de la Unión Europea, así como en los diferentes organismos internacionales en los términos establecidos en la Constitución y legis-

²⁹ Artículo 157 a 161.

³⁰ El Proyecto de reforma decayó en las Cortes Generales por la negativa del Grupo Popular y de Coalición Canaria a incluir la reforma del sistema electoral, que es uno de los más regresivos de la Unión Europea al exigir la obtención de unos resultados con topes mínimos del 6 % de votos a nivel regional o 30 % a nivel insular para poder obtener diputados en la Asamblea Legislativa regional.

³¹ Artículo 157.- Acción exterior.

- 1.- El Gobierno de Canarias, tanto del ámbito de sus competencias y de la defensa del interés general que le está constitucionalmente atribuida, ejercerá su propia acción exterior, sin perjuicio de la función de representación y las competencias que corresponden al Estado.
- 2.- El Gobierno de Canarias impulsará aquellas iniciativas destinadas a facilitar la cooperación en aquellos países o territorios donde existan comunidades de canarios o de descendientes de éstos, así como con los países vecinos y con las otras regiones ultraperiféricas en el marco de los programas de cooperación territorial europeos.
- 3.- A tal efecto, y además de las previsiones contenidas en el presente Estatuto y en la legislación general del Estado y de las organizaciones internacionales, el Gobierno de Canarias, a través de sus oficinas en el exterior, promoverá la proyección exterior de la Comunidad Autónoma.

³² Ver *BOCG*, Serie B, número 261-13 de 12.07.2007 enmienda número 7 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso.



lación vigente³³. Sorprende sobremanera que se limite la participación de Canarias cuando se vea afectada su condición de «Región ultraperiférica»³⁴. En este sentido, cabría preguntarse qué ocurre cuando no se vea afectada su condición de «Región Ultraperiférica», y se traten asuntos que afecten a sus competencias exclusivas, o se trate de asuntos esenciales para la Comunidad Autónoma de Canarias³⁵.

Insiste el legislador canario en poner puertas al campo al limitar su participación ascendente en las materias que afecten a su condición de región ultraperiférica, cooperación transnacional y transfronteriza, políticas económico-fiscales, políticas de innovación, sociedad de la información, investigación y desarrollo tecnológico, cuando afecten singularmente los intereses del Archipiélago Canario³⁶. Cabe oponer aquí qué pasaría cuando dichas materias no afectasen singularmente a los intereses canarios, o aquellos supuestos en que se afecten dichos intereses y no se encuentran en las materias relacionadas. Finalmente, dedica un extenso artículo a la información y participación en los Tratados internacionales³⁷, estableciendo el derecho de información durante el proceso de negociación y elaboración de tratados y convenios internacionales; el establecimiento de medidas para ejecutar tratados y convenios internacionales cuando se refieran a competencias o títulos competenciales de la Comunidad Autónoma de Canarias; al derecho de solicitud al Gobierno central

³³ Artículo 158.1.- «La Comunidad Autónoma de Canarias participará en las instituciones de la Unión Europea, así como de los diferentes organismos internacionales, en los términos establecidos por la Constitución, el Estatuto de Autonomía, los tratados y convenios internacionales, la legislación aplicable y los acuerdos suscritos entre el Estado y Canarias».

³⁴ Artículo 158.3.- «El Gobierno de Canarias formará parte, en todo caso, de las delegaciones españolas ante la Unión Europea cuando se vea afectada su condición de región ultraperiférica».

³⁵ A mi juicio, es más correcto acudir al modelo catalán, o supletoriamente al andaluz.

³⁶ Artículo 158.2.- «Esta participación se producirá, en todo caso, cuando se afecte a su condición de región ultraperiférica o se traten materias como cooperación transnacional y transfronteriza, políticas económico fiscales, políticas de innovación, sociedad de la información, investigación y desarrollo tecnológico, cuando afecten singularmente los intereses del archipiélago canario».

³⁷ Artículo 160.- Información y participación en los tratados internacionales.

- 1.- La Comunidad Autónoma de Canarias será informada durante el proceso de negociación y elaboración de los tratados y convenios internacionales y de las negociaciones de adhesión a los mismos en cuanto afecten a sus singularidades o a las condiciones para la aplicación de la normativa europea. Recibida la información, el Gobierno de Canarias manifestará su parecer, en su caso.
- 2.- La Comunidad Autónoma de Canarias adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los tratados y convenios internacionales, cuando éstas afecten a las materias atribuidas a su competencia.
- 3.- La Comunidad Autónoma de Canarias podrá solicitar del Gobierno del Estado la celebración de tratados o convenios internacionales en materias de interés para Canarias, y, en especial, las relacionadas con su situación geográfica como región ultraperiférica, así como los que se requieran como consecuencia de políticas de cooperación al desarrollo con países vecinos y los que permitan estrechar lazos culturales con aquellos países o territorios donde existan comunidades canarias o de descendientes de canarios.
- 4.- La Comunidad Autónoma de Canarias estará presente en las organizaciones internacionales que admitan la presencia de las regiones de la Unión Europea y de entidades políticas no estatales.



de celebración de Tratados o convenios internacionales en materias de interés para Canarias; y el derecho a estar presente en organismos internacionales, como por ejemplo en el Comité de las Regiones.

PARTICIPACIÓN DESCENDENTE

Aquí, el legislador canario estuvo más atinado, al establecer que la Comunidad Autónoma aplica directamente el Derecho europeo y lo transpone³⁸; al establecer la función de gestión de fondos europeos en materias de su competencia³⁹; al establecer la obligación de información periódica al Gobierno del Estado sobre las disposiciones y resoluciones adoptadas en ejecución del Derecho de la Unión Europea, transposición de directivas y decisiones, y gestión de fondos⁴⁰.

PARTICIPACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Más bien poco aporta el legislador canario al respecto. Se limita a remitir a lo ya establecido tanto en la normativa europea, como a la interna española⁴¹, como a establecer la posibilidad, que no obligación, de instar al Gobierno del Estado a iniciar acciones ante el Tribunal comunitario⁴².

APLICACIÓN PROTOCOLO SOBRE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

Aquí el legislador autonómico establece que el proceso de consulta debe referirse a los supuestos que afecten a sus competencias, al régimen económico fiscal o la condición de región ultraperiférica de Canarias⁴³. Nótese que en esta ocasión

³⁸ Artículo 159.1.- «La Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus competencias, aplica directamente el Derecho europeo a Canarias y lo transpone».

³⁹ Artículo 159.2.- «Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la gestión de los fondos europeos en materias de su competencia». Interesa resaltar que una enmienda del Grupo Socialista en el Congreso añadió a dicho artículo «de acuerdo con lo previsto en el artículo 69 de este Estatuto».

⁴⁰ Artículo 159.3.- «El gobierno de Canarias informará periódicamente al Gobierno del Estado de las disposiciones y resoluciones adoptadas dentro de las previsiones de los dos apartados anteriores».

⁴¹ Artículo 161.1.- «La participación del Gobierno de Canarias en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se llevará a cabo en los términos establecidos por la normativa que sea de aplicación».

⁴² Artículo 161.2.- «El Gobierno de Canarias puede instar al Gobierno del Estado a iniciar acciones ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

⁴³ Artículo 159.4.- «El Parlamento de Canarias debe ser consultado previamente a la emisión del dictamen de las Cortes Generales sobre las propuestas legislativas europeas, en el marco



sí se contempla la posibilidad de que afecte a su ámbito competencial, y en cambio no se refiera directamente a su condición de región ultraperiférica.

RELACIONES DE COOPERACIÓN

Se estableció en el proyecto de reforma un Capítulo concreto (III) dedicado a la Cooperación al desarrollo. Se contempló el establecimiento de relaciones de colaboración con el Estado, así como con las demás Comunidades Autónomas, con sujeción a los principios de lealtad institucional, solidaridad, defensa del interés general y respeto competencial⁴⁴; así como reafirmando su colaboración a través de la Comisión Bilateral de Relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias⁴⁵.

3. RENOVACIÓN LIMITADA: ESTATUTO VALENCIANO

Durante el primer semestre del año 2006 se aprobó el nuevo Estatuto de reforma valenciano⁴⁶, el cual dedica el Título VI a hablar de las Relaciones con la Unión Europea, así como el Título VII a la acción exterior.

RELACIONES CON LA UNIÓN EUROPEA

– *Participación ascendente.*

El nuevo Estatuto de Autonomía valenciano establece que la Comunidad Valenciana tendrá una Delegación en Bruselas⁴⁷.

del procedimiento de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que establece el Derecho comunitario, en cuanto afecten a sus competencias, al régimen económico y fiscal o a la condición de región ultraperiférica de Canarias».

⁴⁴ Artículo 162.1.- «De conformidad con los principios de lealtad institucional, de solidaridad, de defensa del interés general y de respeto a sus respectivas competencias, la Comunidad Autónoma de Canarias establecerá relaciones de colaboración con el Estado y las demás Comunidades Autónomas».

⁴⁵ Artículo 162.2.- «La Comunidad Autónoma de Canarias participará en todos los órganos del Estado, así como en sus organismos públicos e instituciones, en los términos establecidos legalmente, pudiendo acordar el establecimiento de todos aquellos instrumentos de colaboración que estimen convenientes y canalizando la misma a través de la Comisión Bilateral de Relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias».

⁴⁶ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril de reforma de la LO 5/1982, de 1 de Julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOE núm. 86 de 11.4.2006).

⁴⁷ Artículo 67.- Se modifica el Título VI y el artículo 61. El apartado 1 queda en la siguiente forma: «1.- La Comunidad Valenciana tendrá una Delegación en Bruselas, como órgano administra-



Asimismo contempla la posibilidad de establecer una red de oficinas de promoción de negocios a través del Organismo de Promoción de la Comunitat Valenciana⁴⁸.

Establece que el President de la Generalitat será el representante de la Comunidad Valenciana en el Comité de Las Regiones⁴⁹.

Además, sin especificar a través de que órgano establece que la Comunidad Valenciana, en su condición de región de la Unión Europea, participará en los mecanismos de control del principio de subsidiariedad⁵⁰. También contempla la posibilidad de que la Generalitat pueda formar parte y participar en organizaciones e instituciones supranacionales de carácter regional⁵¹, así como que una Ley establezca la creación de un organismo consultivo para Asuntos Europeos (Comité Valenciano para los Asuntos Europeos)⁵². Respecto a la participación, tanto interna como externa, en la formación de la posición española ante la Unión Europea, el legislador autonómico valenciano lo ventila en un epígrafe afirmando que la Comunidad Valenciana tiene derecho a participar en todos los procesos que establezca el Estado para configurar la posición española en el marco de las instituciones europeas, cuando estén referidas a competencias propias, estableciendo, también, el derecho a ser oída cuando la competencia le afecte directa o indirectamente⁵³. Finalmente, el nuevo Estatuto valenciano contempla la posibilidad de participar en la Asociación Euromediterránea⁵⁴.

– *Participación descendente.*

En lo referente a la participación descendente dedica un epígrafe diciendo que ostentará la competencia exclusiva para desarrollar y ejecutar normas y disposiciones europeas en el ámbito de sus competencias⁵⁵.

tivo de representación, defensa y promoción de sus intereses multisectoriales ante las instituciones y órganos de la Unión Europea».

⁴⁸ Vid. Artículo 67.- Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril que da nueva redacción al artículo 61.2 del Estatuto Valenciano.

⁴⁹ Vid. Artículo 67.- Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril que da nueva redacción al artículo 61.3 letra c) del Estatuto Valenciano.

⁵⁰ Vid. Artículo 67.- Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril que da nueva redacción al artículo 61.3 letra a) del Estatuto Valenciano.

⁵¹ Vid. Artículo 67.- Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril que da nueva redacción al artículo 61.4 del Estatuto Valenciano.

⁵² Vid. Artículo 67.- Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril que da nueva redacción al artículo 61.5 del Estatuto Valenciano.

⁵³ Vid. Artículo 67.- Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril que da nueva redacción al artículo 61.3 letra b) del Estatuto Valenciano.

⁵⁴ Vid. Artículo 67.- Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril que da nueva redacción al artículo 61.3 letra d) del Estatuto Valenciano.

⁵⁵ Vid. Artículo 67 Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril que da nueva redacción al artículo 61.3 letra d) del Estatuto Valenciano.



4. RENOVACIÓN MAL COMPRENDIDA: ESTATUTO CATALÁN

No sería exagerado reconocer que Cataluña es una Comunidad Autónoma pionera en el conjunto del Estado español en materia de proyección exterior. Máxime cuando el nuevo Estatuto catalán de 2006 se ha convertido en pionero al establecer los preceptos que dan cobertura a la práctica desarrollada hasta el momento, e incluso abrir la puerta a futuros desarrollos en la medida en que el contexto jurídico interno, regional o internacional lo vayan permitiendo. Y todo ello a pesar de las modificaciones que sufrió la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, presentada por el Parlamento catalán⁵⁶, más por razones políticas que jurídicas, de ahí el título del encabezamiento. A pesar de que el nuevo Estatuto representa un salto cualitativo importante respecto a la práctica estatutaria en materia de relaciones exteriores autonómicas, también es cierto que, en buena parte, no hace sino recoger la práctica de la acción exterior llevada a cabo a lo largo de la historia del Estado de las Autonomías⁵⁷.

El eje principal del Capítulo II «*Relaciones de la Generalitat con la Unió Europea*»⁵⁸⁵⁹ del Título V del Estatuto de Autonomía catalán de 2006 es el reconocimiento expreso del principio general de participación de la Generalitat en los asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten bien a las competencias, bien a los intereses de Cataluña. No deja de sorprender que prácticamente todos los artículos de este Capítulo fuesen modificados en la Ponencia del Congreso de los Diputados. No se mantiene la redacción originaria de la propuesta del Parlamento catalán, salvo en algún párrafo aislado⁶⁰. El reconocimiento del principio de participación es el objeto del artículo 184 del Estatuto, reafirmandose así la pertenencia de éste al bloque de la constitucionalidad en su dimensión estatutaria. Este principio y la vocación de las instituciones catalanas a participar en los asuntos europeos se desarrolla en los artículos 185 a 192.

⁵⁶ Ver *BOCG* núm. 210-1 Serie B de 21.10.2005.

⁵⁷ De la misma opinión, entre otros, GARCÍA SEGURA, C., «L'acció exterior catalana envers l'Europe comunitaria», en MORATA, F. (coord.), *20 anys de Catalunya a la Unió Europea, 1986-2006*, Barcelona, Patronat Català Pro-Europa, 2006, pp. 19-30; o GARCÍA, Caterina, «Las relaciones exteriores de la Generalitat en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, núm. 22 (2006), *op. cit.*, pp. 23 a 52.

⁵⁸ Comprende desde el artículo 184 hasta el artículo 192. El artículo 193 fue suprimido en la reforma efectuada en las Cortes Generales.

⁵⁹ Para desmenuzar las principales aportaciones del nuevo estatuto catalán ha sido de gran utilidad el documento elabora por GARCÍA, Caterina, «Las relaciones exteriores de la Generalitat en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, núm. 22 (2006), *op. cit.*, pp. 42 a 50.

⁶⁰ Para darse cuenta de ello basta con confrontar el texto publicado en el *BOCG* núm. 210-14 Serie B de 22.03.2006 «Dictamen de la Comisión», con el publicado en el *BOCG* núm. 210-1 Serie B de 21.10.2005 «Propuesta del Parlamento catalán».

El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 prevé la participación de la Generalitat de Cataluña en los tratados de revisión del derecho originario o constitutivo de la Unión, así como en la formación del derecho derivado a través de la colaboración con el estado español o de la participación directa en instituciones y organismos europeos.

– *La participación en el derecho originario.*

El artículo 185 prevé el derecho de la Generalitat de ser informada por parte del Gobierno de las iniciativas de revisión del derecho originario de la Unión, y de los procesos de suscripción y ratificación. También se prevé la formulación de observaciones que se estimen pertinentes por parte del Gobierno de la Generalitat y del Parlamento catalán. En esta cuestión, la participación prevista de las instituciones catalanas es de baja intensidad, puesto que su influencia real depende de la atención que presten a estas observaciones las Cortes Generales y el Gobierno del Estado. No deja de ser significativo que se reconozca cierta participación en los procesos de celebración de tratados, sobre todo, en los casos en que la afectación a las competencias tanto de la Comunidad Autónoma como del Estado tiende a ser mayor por la propia dinámica de la integración⁶¹.

– *La participación en el derecho derivado.*

La participación en el derecho derivado puede canalizarse a través de la participación en la formación de las posiciones del Estado español en las instituciones de la Unión, o a través de la participación directa en éstas y en los órganos comunitarios.

1. La participación interna o indirecta:

Desde la adhesión de España a las Comunidades europeas, la participación de las autoridades catalanas en la formación de la voluntad española ante los

⁶¹ Se expresa el artículo 185 en los siguientes términos: «Participación en los Tratados de la Unión Europea».

- 1.- La Generalitat debe ser informada por el Gobierno del Estado de las iniciativas de revisión de los tratados de la Unión Europea y de los procesos de suscripción y ratificación subsiguientes. El Gobierno de la Generalitat y el Parlamento deben dirigir al Gobierno del Estado y a las Cortes Generales las observaciones que estimen oportunas a tal efecto.
- 2.- El Gobierno del Estado puede incorporar representantes de la Generalitat en las delegaciones españolas que participen en los procesos de revisión y negociación de los tratados originarios y en los de adopción de nuevos tratados, en las materias que afecten a las competencias exclusivas de la Generalitat.





organismos comunitarios se ha articulado en torno al sistema multilateral de las conferencias sectoriales y a la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE). El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 parte de la existencia de este sistema que, por otra parte, no está habilitado para modificar substancialmente, pero introduce un componente de bilateralidad. Así parece reflejarse en el párrafo 2 del artículo 186⁶². Resulta especialmente importante en esta relación bilateral Generalitat-Estado la previsión del párrafo 3 del artículo 186⁶³, según la cual la posición de la Generalitat es determinante para la formación de la posición estatal en dos casos: a) si afecta a sus competencias exclusivas, y b) si de la propuesta o iniciativa europeas se pudieran derivar consecuencias financieras o administrativas de especial relevancia para Cataluña. Esta disposición trasciende el contenido concreto de la participación de las Comunidades Autónomas en la fase ascendente del derecho de la Unión a través de las conferencias sectoriales, en lo esencial, previsto en el *Acuerdo de la CARCE sobre participación interna de las CCAA en los asuntos comunitarios europeos a través de las conferencias sectoriales de 30 de noviembre de 1994*⁶⁴, y se inspira en el artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn alemana. Aun así, la bilateralidad no se da en igualdad de condiciones, ya que se reconoce la superioridad del Estado por lo que se refiere a esta cuestión en la Disposición adicional quinta⁶⁵, de la que se deriva que, aunque determinante, si el Gobierno del Estado no acoge la posición de la Generalitat éste no incurre en violación de una obligación jurídica, sino que debe motivarlo ante la Comisión Bilateral Generalitat-Estado. La posición de la Generalitat en los casos previstos, por tanto, siendo determinante no es jurídicamente vinculante para el Estado. En los demás casos, la posición expresada por parte de la Generalitat debe ser escuchada por parte del Estado (artículo 186.3 final). Para asegurar que el gobierno catalán y su Parlamento puedan participar de forma efectiva en la formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea, también se establece que éste está obligado a

⁶² Se expresa en los siguientes términos el artículo 186.2.- «La Generalitat debe participar de forma bilateral en la formación de las posiciones del Estado en los asuntos europeos que le afectan exclusivamente. En los demás, la participación se realiza en el marco de los procedimientos multilaterales que se establezcan».

⁶³ Artículo 186.3.- «La posición expresada por la Generalitat es determinante para la formación de la posición estatal si afecta a sus competencias exclusivas y si de la propuesta o iniciativa europeas se pueden derivar consecuencias financieras o administrativas de especial relevancia para Cataluña. En los demás casos, dicha posición debe ser oída por el Estado.

⁶⁴ Resolución de 10 de marzo de 1995, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la CARCE sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias Sectoriales, *BOE* 22.03.1995, núm. 69, pp. 9037-9039.

⁶⁵ Estatuto de Autonomía catalán 2006. Disposición Adicional Quinta: «Si el Estatuto establece que la posición del Gobierno de la Generalitat es determinante para conformar un acuerdo con el Gobierno del Estado y este no la acoge, el Gobierno del Estado debe motivarlo ante la Comisión Bilateral Generalitat-Estado».

informar a la Generalitat de forma completa y actualizada sobre las iniciativas y las propuestas presentadas. Así se recoge en el párrafo 4º del artículo 186⁶⁶.

2. La participación externa.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 consolida estatutariamente la participación directa de la Generalitat en instituciones y organismos europeos a través de las delegaciones españolas cuando deban tratarse asuntos de su competencia legislativa (artículo 187)⁶⁷. Esta participación, cuando se gestionen competencias exclusivas de la Generalitat, podrá suponer el ejercicio de la representación y la presidencia del Consejo de Ministros y de los órganos consultivos y preparatorios del Consejo y de la Comisión, mediante acuerdo previo, y de conformidad con la normativa aplicable (artículo 187.2). El artículo 187 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, por otra parte, recoge y eleva a rango estatutario el principio de la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos europeos a través de las delegaciones españolas y de la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (REPER). La participación externa de la Generalitat ante la Unión Europea también puede articularse y apoyarse en el establecimiento de una delegación ante las instituciones europeas para la mejor defensa de sus intereses (artículo 192)⁶⁸. Finalmente, también se prevé que el Parlamento de Cataluña puede restablecer relaciones directas con el Parlamento europeo (artículo 187.4); y que participa en los procedimientos de control de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad en relación con las propuestas legislativas europeas si afectan competencias de la Generalitat (artículo 188)⁶⁹.

⁶⁶ Artículo 186.4.- «El Estado informará a la Generalitat de forma completa y actualizada sobre las iniciativas y las propuestas presentadas ante la Unión Europea. El Gobierno de la Generalitat y el Parlamento de Cataluña deben dirigir al Gobierno del Estado y a las Cortes Generales, según proceda, las observaciones y las propuestas que estimen pertinentes sobre dichas iniciativas y propuestas».

⁶⁷ Artículo 187.- «Participación en instituciones y organismos europeos».

- 1.- La Generalitat participa en las delegaciones españolas ante la Unión Europea que traten asuntos de la competencia legislativa de la propia Generalitat y especialmente ante el Consejo de Ministros y los órganos consultivos y preparatorios del Consejo y de la Comisión.
- 2.- La participación prevista en el apartado anterior, cuando se refiera a competencias exclusivas de la Generalitat permitirá, previo acuerdo, ejercer la representación y la presidencia de estos órganos, de acuerdo con la normativa aplicables.
- 3.- La Generalitat, de acuerdo con el Estado, participa en la designación de representantes en el marco de la representación permanente del mismo ante la Unión Europea.
- 4.- El Parlamento puede establecer relaciones con el Parlamento Europeo en ámbitos de interés común.

⁶⁸ Artículo 192.- «La Generalitat establecerá una delegación para la mejor defensa de sus intereses ante las instituciones de la Unión Europea».

⁶⁹ Artículo 188.- «Participación en el control de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad».

El Parlamento participará en los procedimientos de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que establezca el derecho de la Unión Europea en relación con las propuestas legislativas europeas cuando dichas propuestas afecten a competencias de la Generalitat.



El Estatuto de Autonomía de Cataluña recoge expresamente la participación de las instituciones catalanas en la fase descendente del Derecho de la Unión en términos que ya habían sido reconocidos por parte del Tribunal Constitucional, potenciando la bilateralidad en situaciones concretas en que los mecanismos multilaterales sean ineficaces, y recogiendo específicamente ciertos aspectos conflictivos. También se expresa la vocación de la Generalitat de participar directamente ante el Tribunal de Justicia hasta donde lo permita la normativa europea.

– *La participación interna.*

En el Capítulo II del Título V del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 se prevé la participación interna de la Generalitat en la aplicación y ejecución del Derecho en la Unión Europea, es decir, en la fase descendente, en los artículos 189 y 190. El párrafo 1 del artículo 189⁷⁰ del Estatuto recoge casi literalmente la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del poder de ejecución y aplicación del derecho de la Unión por parte de las Comunidades Autónomas. Se prevén expresamente tres situaciones específicas o supuestos algo problemáticos en la relación Generalitat-Estado por lo que se refiere a la ejecución y aplicación del Derecho de la Unión: la adopción de medidas que exceden el ámbito territorial de Cataluña; la ejecución en caso de normativa básica europea; y la gestión de fondos europeos.

1. La ejecución a través de medidas de alcance superior al territorio catalán.

Para cuando la ejecución del derecho de la Unión Europea requiera la adopción de medidas internas que exceden del territorio de Cataluña, el artículo 189.2⁷¹ del Estatuto de 2006 establece que si las Comunidades Autónomas competentes no las pueden adoptar con los mecanismos de colaboración o coordinación, el Estado debe consultar a la Generalitat antes de adoptarlas. La Generalitat, en este caso, debe participar en los órganos que adopten dichas medidas o, si esta participación no es posible, debe emitir un informe previo. Esta solución, por la que la Generalitat se postula como partícipe en la ejecución de las normas de Derecho de la Unión que requieren medidas de ámbito superior a su territorio, es coherente con la idea de

⁷⁰ Artículo 189.1 «La Generalitat aplica y ejecuta el derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establece la Constitución y el presente Estatuto».

⁷¹ Artículo 189.2 «Si la ejecución del derecho de la Unión Europea requiere la adopción de medidas internas de alcance superior al territorio de Cataluña que las Comunidades Autónomas competentes no pueden adoptar mediante mecanismos de colaboración o coordinación, el Estado debe consultar a la Generalitat sobre estas circunstancias antes de que se adopten dichas medidas. La Generalitat debe participar en los órganos que adopten dichas medidas, o, si esta participación no es posible, debe emitir un informe previo».



que, aunque la Administración Central es el interlocutor único de la Unión Europea en lo que toca al efectivo cumplimiento de las disposiciones comunitarias, ello no convierte al Estado en competente para ejecutar de forma subsidiaria y unilateralmente el Derecho de la Unión.

2. La ejecución de la normativa básica europea.

Se encuentra regulada en el párrafo tercero del artículo 189⁷² del Estatuto catalán en vigor.

3. La gestión de los fondos europeos.

La gestión de fondos europeos en materias de su competencia corresponde a la Generalitat de acuerdo con el artículo 190⁷³ del Estatuto.

– *La acción exterior ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

Aunque, en la actualidad, la normativa europea no contempla la legitimación activa de las entidades subestatales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el artículo 191⁷⁴ del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 recoge expresamente la vocación de la Generalitat de acceder al Tribunal en la medida en que lo permita en el futuro la normativa europea. Se establece no obstante, en el párrafo segundo del artículo 191⁷⁵, la potestad de la Generalitat de instar al Gobierno del Estado para que inicie acciones ante el Tribunal de Justicia en defensa de sus legítimos intereses y competencias. En este caso, la Generalitat colaborará en la defensa jurídica. En caso de que el gobierno del Estado se negase a ejercer las acciones solicitadas, su negativa deberá ser motivada y comunicada inmediatamente a la Generalitat, según el párrafo tercero del artículo 191⁷⁶.

⁷² Artículo 189.3 «En el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Generalitat puede adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas».

⁷³ Artículo 190 «Corresponde a la Generalitat la gestión de los fondos europeos en materias de su competencia en los términos previstos en el artículo 114 y 214».

⁷⁴ Artículo 191.1.- «La Generalitat tiene acceso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos que establezca la normativa europea».

⁷⁵ Artículo 191.2.- «El gobierno de la Generalitat puede instar al Gobierno del Estado a iniciar acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de los legítimos intereses y competencias de la Generalitat. La Generalitat colaborará en la defensa jurídica».

⁷⁶ Artículo 191.3.- «La negativa del Gobierno del Estado a ejercer las acciones solicitadas debe ser motivada y se comunicará inmediatamente a la Generalitat».



5. LA CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA. LA PROPUESTA DE ESTATUTO POLÍTICO DE EUSKADI

No está de más recordar que el Estatuto de Autonomía del País Vasco vigente, denominado «Estatuto de Gernika», fue aprobado en 1979. Dicho estatuto preveía el procedimiento de su reforma en el artículo 46, y en cuanto a las disposiciones que en este Estatuto de Autonomía tienen que ver con la acción exterior autonómica, apenas se mencionan tres supuestos referidos a Tratados internacionales concluidos por el Estado: facultad de solicitar al Gobierno del Estado la celebración de un Tratado internacional en una materia de interés para el País Vasco como son las relaciones culturales, a fin de salvaguardar y fomentar el euskera (artículo 6.5); facultad para ser informado sobre los Tratados y Convenios que afecten a materias de específico interés para el País Vasco (artículo 20.5); y facultad para ejecutar Tratados Internacionales y Convenios en todo lo que afecte a las materias atribuidas a la competencia de Euskadi (artículo 20.3). Conviene a continuación decir que el 30 de diciembre de 2004 se aprobó por el Parlamento Vasco la propuesta del denominado Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi, que estaba compuesto por 69 artículos, un preámbulo, siete títulos, una disposición adicional, una disposición transitoria y disposiciones finales⁷⁷. Posteriormente, el 1 de febrero de 2005 tuvo lugar un Pleno en el Congreso de los Diputados, dedicado monográficamente a tratar la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi. Como es sabido, fue rechazada con el siguiente resultado: de los 344 votos, 313 fueron en contra, 29 votos a favor y 2 abstenciones⁷⁸.

Procede a continuación hacer mención a las referencias más relevantes que figuraron en la frustrada propuesta respecto de la acción exterior en el ámbito europeo⁷⁹. Se incluye además, y especialmente, un título íntegro dedicado a la acción exterior y europea de la Comunidad de Euskadi, concretamente el Título VI «Del régimen de relación política con el ámbito europeo e internacional». Este título contiene 5 artículos —65, 66, 67, 68 y 69— referidos correlativamente a la Unión Europea. El contenido del artículo 65, referido al ámbito de la Unión Europea, no resulta novedoso en cuanto a su contenido para cualquiera que haya seguido los documentos y declaraciones de las organizaciones regionalistas en los últimos años. Fundamentalmente se refieren a la representación directa en los órganos e instituciones de la Unión Europea y la participación en los procesos de toma de decisiones en aquellos asuntos que afecten a las competencias vascas y «de conformidad con la

⁷⁷ Para más información confrontar el *Boletín Oficial del Parlamento Vasco*, VII Legislatura, núm. 180, de 3 de enero de 2005.

⁷⁸ El contenido de las intervenciones producidas en ese Pleno se pueden confrontar en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, núm. 65, Sesión plenaria núm. 60 celebrada el 1 de febrero de 2005, p. 3089 y ss.

⁷⁹ Para mayor información, cfr. DE CASTRO RUANO, José Luis, «La acción exterior vasca en la propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi de 30 de diciembre de 2004», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, núm. 22 (2006), pp. 3-22.

normativa comunitaria europea»⁸⁰, igualmente se contempla la participación en la programación y ejecución de los fondos comunitarios⁸¹, así como en la transposición de directivas comunitarias también en el ámbito de sus competencias⁸². Otras cuestiones dependen estrictamente de la voluntad del Estado a expensas de la evolución de la normativa comunitaria, como la cuestión de la legitimación activa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y su inclusión en el articulado, invocando la obligación de que el Estado garantice el acceso de las instituciones vascas al citado Tribunal⁸³, o la creación de una circunscripción electoral vasca para las elecciones al Parlamento Europeo⁸⁴. El artículo 66 en su apartado primero proclama de manera general la voluntad de las instituciones vascas de promover la cooperación transfronteriza e interregional en el ámbito de la Unión Europea⁸⁵, para seguidamente proponer la creación de una eurorregión vasca⁸⁶. Cuestión en absoluto desorbitada, pues es ésta una práctica bastante frecuente en el ámbito de la Unión Europea y que ha sido ya experimentada incluso en el Estado español⁸⁷. El artículo 67 referente a la representación exterior incluye a su vez cuatro apartados. El primero se refiere a la posibilidad de «suscribir acuerdos, convenios y protocolos con instituciones y organismos internacionales en los ámbitos de su propia competencia» para la defensa

⁸⁰ Artículo 65.2.- «De conformidad con la normativa comunitaria europea, la Comunidad de Euskadi dispondrá de representación directa en los órganos de la Unión Europea. A tal efecto, el Gobierno español habilitará los cauces precisos para posibilitar la participación activa del Gobierno Vasco en los diferentes procedimientos de toma de decisiones de las instituciones comunitarias en aquellos asuntos que afecten a sus competencias. Asimismo, los representantes de las instituciones vascas formarán parte de las delegaciones del Estado en el Consejo de Ministros de la Unión Europea en todos aquellos asuntos que afecten al contenido de las políticas públicas que les son exclusivas».

⁸¹ Artículo 65.3.- «El Gobierno vasco y el Gobierno español arbitrarán los sistemas de coordinación precisos que garanticen la participación efectiva de la Comunidad de Euskadi en la elaboración, programación, distribución y ejecución de los diferentes fondos comunitarios».

⁸² Artículo 65.4.- «Corresponderá a las instituciones vascas la transposición de las directivas comunitarias en el ámbito de sus competencias».

⁸³ Artículo 65.5.- «El Estado garantizará el acceso de las instituciones vascas al Tribunal Europeo de Justicia en tanto en cuanto no se encuentre previsto su acceso directo en la normativa europea».

⁸⁴ Artículo 65.6.- «La Comunidad de Euskadi constituirá una circunscripción electoral única en el ámbito de las elecciones al Parlamento Europeo».

⁸⁵ Artículo 66.1.- «Las instituciones vascas, en aplicación del principio de subsidiariedad, promoverán la cooperación transfronteriza e interregional en el ámbito de la Unión Europea, como instrumento básico para la construcción de una Europa basada en los principios democráticos sociales y federativos, en la que el reconocimiento de la ciudadanía que conforma sus diferentes pueblos y colectividades regionales constituye un factor de enriquecimiento cultural y de profundización democrática».

⁸⁶ Artículo 66.2.- «La Comunidad de Euskadi impulsará la creación de una eurorregión en el ámbito de la Unión Europea que comprenda a todos los territorios históricos que constituyen Euskal Herria y, en su caso, a otras regiones próximas con las que mantenga vínculos históricos, sociales, económicos y culturales de singular importancia».

⁸⁷ En el año 2004, a iniciativa de Cataluña se creó la Eurorregión Pirenaico-Mediterránea, que incluye además a Aragón, Baleares, Languedoc-Rousillon y Midi-Pyrénées, quedando abierta además a la incorporación de la Comunidad Valenciana y Andorra.



y la promoción de los intereses de los ciudadanos vascos. Para todo ello, establece en el segundo apartado que contarán con los recursos necesarios, incluyendo «la creación de delegaciones y oficinas de representación en el exterior, cuyo estatuto será regulado por el Parlamento vasco». El apartado tercero de este artículo alude a la posibilidad de contar con «presencia directa en aquellas organizaciones internacionales cuya propia regulación de acceso y participación así lo permita, y en especial en los relacionados con la lengua, la cultura, la paz, la defensa de los derechos humanos y la cooperación, el desarrollo sostenible y el medio ambiente». El último apartado del artículo 67 atañe a los centros vascos en el exterior o «euskal etxeak», para los que se pretende un reconocimiento oficial que les convierta en el «instrumento esencial para el mantenimiento de los vínculos de la Comunidad de Euskadi con los miembros de las comunidades vascas en el exterior, así como para el desarrollo y fomento de las relaciones comerciales, culturales, políticas e institucionales con los países en los que se ubican». El artículo 68.3 establece que «La Comunidad de Euskadi ejecutará los tratados y convenios internacionales en todo lo que afecte a sus atribuciones y competencias», redacción que es prácticamente semejante a la del actual Estatuto de Gernika en su artículo 20, apartado 3.

6. EL DISCRETO Y NADA AMBICIOSO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CASTILLA Y LEÓN⁸⁸

El nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León nace con la aprobación de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre⁸⁹, por el que se reforma por tercera vez el inicialmente aprobado en el año 1983. El título IV del nuevo Estatuto se dedica a las «Relaciones Institucionales y acción exterior de la Comunidad de Castilla y León», el cual se encuentra dividido a su vez en tres capítulos, dedicando el segundo de ellos a las relaciones con la Unión Europea, y el tercero a la acción exterior de la Comunidad Autónoma. Y hablando del nuevo Estatuto de Autonomía castellano-leonés, conviene definirlo al igual que el profesor HERRERO DE LA FUENTE⁹⁰ de «*netamente conservador, prudente y confiado*». Alude este autor a la frecuente repetición de expresiones genéricas como «en los términos establecidos por las legislaciones europea y estatal», o «según lo determine la legislación aplicable», o «en el marco de la legislación vigente». Impregnado, sin duda, al contrario que este joven doctor⁹¹, de la prudencia y de la medida, opina que este Estatuto de Autonomía no va a marcar

⁸⁸ El profesor HERRERO DE LA FUENTE lo califica así, cfr. HERRERO DE LA FUENTE, Alberto y CORRAL SUÁREZ, Margarita M., «La acción exterior en el nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León», en GARCÍA PÉREZ, Rafael, *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009, *op. cit.*, p. 109 *in fine*.

⁸⁹ BOE núm. 288 de 01.12.2007.

⁹⁰ HERRERO DE LA FUENTE, A., «La acción exterior...» *op. cit.*, p. 132.

⁹¹ El apresuramiento y la excesiva ideologización de este doctor le lleva a seguir la opinión de la profesora MANGAS MARTÍN, que afirma que el Estatuto de Castilla y León está «redactado a la

un hito en la historia de la autonomía regional. El Capítulo II, titulado «Relaciones con la Unión Europea y participación en la política europea del Estado», abarca los artículos 61 a 66 en el nuevo Estatuto.

DISPOSICIÓN GENERAL: DERECHO A INFORMACIÓN Y A SER OÍDA

Comienza dicho capítulo con una disposición general, artículo 61, en la que se regula el derecho a ser informada y escuchada en aquellos asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten a sus competencias o intereses. También se refiere de una forma genérica al derecho de participación, eso sí, en los términos que se establezcan en las legislaciones europea y estatal.

PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO NORMATIVO

El artículo 62 del nuevo Estatuto de Autonomía se dedica a desarrollar la cuestión de la participación ascendente (formación voluntad del Estado), así como la descendente (aplicación y desarrollo del Derecho comunitario). También se dedica a la participación de las Cortes de Castilla y León en el control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁹².

REPRESENTACIÓN DE CASTILLA Y LEÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

En los artículos 63 y 64 del nuevo Estatuto de Autonomía se regulan dos cuestiones diferentes: por un lado, la presencia de Castilla y León ante las instituciones y órganos comunitarios, incluido el Comité de las Regiones; y, por el otro, la representación castellano-leonesa en la Delegación Permanente española ante la Unión Europea.

El primer apartado del artículo 63 viene a recoger en el Estatuto la denominada presencia regional en las formaciones del Consejo, en sus grupos de trabajo, en los Comités de la Comisión, así como en el Comité de Representantes Permanentes; y en la representación Permanente de España ante la Unión Europea⁹³.

baja», o que lleva «decenas de años de retraso». *Apud.*, HERRERO DE LA FUENTE, A., «La acción...», *op. cit.*, p. 140.

⁹² El Tratado de Lisboa que incorpora un nuevo Tratado de la Unión Europea mantiene el contenido del artículo I-11 de la extinta Constitución Europea que otorgó carta de naturaleza a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. También se ha mantenido el Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

⁹³ Respecto al Consejo, hay que tener en cuenta el Acuerdo adoptado en la CARCE el 9 de diciembre de 2004.



El segundo apartado del artículo 63 se refiere a la participación de Castilla y León en el Comité de las Regiones.

Y finalmente el artículo 64, «Delegación Permanente ante la Unión Europea», se dedica a desarrollar algo que desde hace más de 10 años se viene realizando por todas las Comunidades Autónomas mediante el establecimiento de oficinas regionales en Bruselas.

PARTICIPACIÓN ANTE EL TJCE

Esta cuestión se regula en el artículo 65 titulado de forma original «Acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», el cual deja entrever⁹⁴ que el legislador es consciente de que esta cuestión no está ni mucho menos finiquitada o cerrada, ya que el escaso margen de maniobra de los entes regionales, a buen seguro, se verá modificado en el futuro, respecto por lo menos a las regiones con competencias legislativas.

RELACIONES CON OTRAS REGIONES EUROPEAS

Finalmente, el artículo 66 se refiere a las relaciones con otros entes regionales europeos, debiéndose entender, por su literalidad, de aplicación, también, a aquellas regiones de Europa que aún no pertenezcan a la Unión Europea. Pues bien, sobre esta cuestión se ha referido el profesor HERRERO DE LA FUENTE resaltando que en realidad dicho artículo debió haberse limitado a las regiones pertenecientes a la Unión Europea, habida cuenta de que la cooperación internacional en el nivel regional constituye un medio de acción exterior, debiéndose, por ello, ubicar en el Capítulo III, concretamente, en su artículo 67. Conviene destacar de este precepto, también, su punto segundo, que se refiere a las relaciones de vecindad con aquellas regiones de Portugal a las que les une una estrecha vinculación geográfica, histórica, cultural, económica y ambiental. Esta afirmación resulta pertinente, entre otras cosas, para resaltar que se podrá dar el caso de que no exista esa especial vinculación con todas las regiones portuguesas⁹⁵. Lo que no resulta tan acertado, y en el mismo sentido que HERRERO DE LA FUENTE⁹⁶, es que la cuestión de la relación de vecindad con algunas regiones portuguesas esté regulado en el artículo 67.2 del nuevo estatuto, ya que hubiese sido mejor dedicarle una mención especial dentro del Capítulo II referido a la acción exterior. Es más, afirma este autor⁹⁷ que habría sido más interesante haber

⁹⁴ De ahí la mención final «*en los términos que establezca la legislación aplicable*».

⁹⁵ Se cita a modo de ejemplo el caso de Azores y Madeira, que en todo caso tendrá especial vinculación con Canarias y con el concepto de «Región Ultraperiférica».

⁹⁶ HERRERO DE LA FUENTE, A., «Acción exterior...», *op. cit.*, p. 140.

⁹⁷ *Ibidem...*, *op. cit.*, p. 140. Afirma el profesor HERRERO que desde la perspectiva comunitaria, la cooperación con regiones pertenecientes a la Unión —política regional/cohesión económica, social y territorial— sólo constituye el ámbito de una de las muchas políticas de la Comunidad

introducido en el nuevo Estatuto un precepto específico dedicado a la gestión de fondos europeos⁹⁸, al igual que se hizo en los nuevos Estatutos catalán y andaluz.

7. OTRAS REFORMAS ESTATUTARIAS

Finalmente, otras reformas estatutarias han surgido en las Comunidades Autónomas de Baleares⁹⁹ y Aragón¹⁰⁰.

A. Baleares.

A juicio de JANER TORRENS¹⁰¹, uno de los aspectos más destacados del nuevo Estatuto de Autonomía de Baleares es el reconocimiento de su competencia para llevar a cabo actuaciones con una clara proyección exterior. Así, dentro del título VII relativo a las «relaciones internacionales», están ubicados los Capítulos I «Acción exterior» (artículos 101 a 105), y el Capítulo II, dedicado a las «Relaciones con la Unión Europea» (artículos 106 a 113). Resalta asimismo este autor¹⁰² la distinción seguida por el nuevo Estatuto de Autonomía balear entre la acción exterior y las relaciones con la Unión Europea, así como los aspectos más críticos del nuevo Estatuto: los relativos a la propia sistemática del texto, así como a la redacción de los encabezamientos de los distintos artículos y a su propio contenido. Respecto a la sistemática se resalta que la regulación de los fondos europeos debió incluirse en el capítulo dedicado a las relaciones con la Unión Europea, y no en el dedicado a las relaciones con el Estado. En lo referente a la redacción de los encabezamientos afirma que podrían haber sido redactados de forma más precisa y coherente. Y en lo referido al contenido de los mismos, denuncia la poca claridad y precisión de algunos de ellos, llamando la atención de que no se haga ninguna referencia a un mínimo control por parte del Parlamento autonómico de esa nueva dimensión internacional de la Comunidad Autónoma balear.

Europea que afectan a Castilla León —política agraria, de protección al medio ambiente— y que no son mencionadas en el Capítulo II.

⁹⁸ Se remite a lo expuesto en el apartado dedicado en este trabajo de investigación a los Estatutos de Cataluña y Andalucía.

⁹⁹ Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. (BOE núm. 52, 1.3.2007).

¹⁰⁰ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE núm. 97, 23 abril 2007).

¹⁰¹ Joan David JANER TORRENS es profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de las Islas Baleares. Vid. JANER TORRENS, Joan David, «La acción exterior de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en el nuevo Estatuto de Autonomía», en GARCÍA PÉREZ, Rafael (dir.), *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias*, Tecnos, Madrid, 2009, *op. cit.*, p. 286

¹⁰² JANER TORRENS, J.D., «La acción exterior...», *op. cit.*, pp. 317 y 318.



Nos centraremos en este apartado al Capítulo II dedicado a las relaciones de las Islas Baleares con la Unión Europea.

DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN ASUNTOS RELACIONADOS CON LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 106 reconoce el derecho de la Comunidad balear a participar en los asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten a sus competencias e intereses en los términos que establezca la legislación vigente, es decir, respetando lo que disponga la Constitución española (fundamentalmente artículos 93 y 149.1.3), el propio Estatuto de Autonomía y la legislación estatal que exista sobre la materia. A juicio de JANER TORRENS¹⁰³, hubiese sido más correcto que este artículo llevase por título «Disposiciones Generales» y no «Unión Europea».

REPRESENTACIÓN INSTITUCIONAL

El nuevo artículo 107 reconoce de forma concreta el derecho de la Comunidad Autónoma balear de crear delegaciones y oficinas de representación ante la Unión Europea con el objetivo de promover y defender sus competencias e intereses. A pesar de que este artículo no hace más que reconocer una realidad que ya existía con anterioridad, es lo cierto que constituye una novedad destacable al regular expresamente tal derecho.

En opinión de JANER TORRENS¹⁰⁴, los términos en los que está redactado el artículo 107 no son los más adecuados al señalarse que la delegación u oficina tendrá por objeto «mejorar el ejercicio de sus competencias». Matiza el autor que la oficina no ha de servir para mejorar el ejercicio de las competencias autonómicas, sino simplemente para defender sus intereses ante la Unión Europea.

DERECHO DE INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN FORMACIÓN DERECHO ORIGINARIO

Esta cuestión se regula en el nuevo artículo 108, el cual reconoce el derecho de la Comunidad balear a ser informada sobre cualquier modificación o reforma del Derecho Comunitario originario, siendo posible, asimismo, si lo permiten los mecanismos multilaterales de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que una delegación balear se integre en la delegación española que participe en la conferencia intergubernamental convocada para reformar el Derecho originario.

Por tanto, este artículo regula dos cuestiones: en primer lugar, la relativa al derecho a ser informada de las negociaciones relativas a las modificaciones y revisiones

¹⁰³ JANER TORRENS, J.D., «La acción exterior...», *op. cit.*, p. 301.

¹⁰⁴ JANER TORRENS, J.D., «La acción exterior...», *op. cit.*, p. 305.

de los tratados fundacionales de la Unión Europea y de las Comunidades Europeas (en la actualidad tratado de funcionamiento); y en segundo lugar, el derecho a participar en la delegación del Estado en la conferencia intergubernamental convocada para proceder a la reforma de dichos tratados.

PARTICIPACIÓN EN LA FASE DESCENDENTE

El nuevo artículo 109 reconoce, en primer lugar, la potestad de la Comunidad Balear para desarrollar y ejecutar el Derecho Comunitario en el marco de sus competencias. En este sentido, cuando la norma derecho comunitario derivado que se tenga que desarrollar o ejecutar afecte a materias de titularidad autonómica, corresponderá a la administración autonómica adoptar, según el caso, leyes o normas reglamentarias con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones que se deriven. Asimismo, el artículo 109 señala que en aquellos casos en que sea necesario que la transposición de la norma comunitaria se lleve a cabo a través de normativa estatal al afectar materias que, si bien son de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, trascienden el ámbito territorial balear, o su ámbito competencial, el Estado deberá consultar a la Comunidad Autónoma en el marco de los mecanismos internos de coordinación previsto en una ley estatal, es decir los existentes en el marco de la CARCE.

DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD ESTATAL (FASE ASCENDENTE)

El artículo 110 se encarga de regular el derecho de participación en la formación de la posición negociadora del Estado ante la Unión Europea. En aquellos casos en que se traten materias que afecten al conjunto de las Comunidades Autónomas, la participación autonómica en la formación de la posición negociadora del Estado ante la Unión Europea se llevará a cabo en el seno de las conferencias multilaterales existentes, es decir, de la CARCE. Si se trata de una cuestión que afecta de forma exclusiva a la Comunidad Autónoma, la participación se hará de forma bilateral entre el Estado y Baleares. Asimismo, el artículo 110 señala que el Estado no sólo deberá tener en cuenta la posición alcanzada tanto de forma bilateral como multilateral con Baleares en las negociaciones que se lleven a cabo con la Unión Europea, sino que también deberá informar a esta Comunidad Autónoma sobre la marcha de las negociaciones con las instituciones comunitarias. Lo que no dispone el artículo 110 es que el Estado tenga la obligación de tener en cuenta la posición expresada por Baleares, ya que el mismo sólo señala que la posición defendida por las Comunidades Autónomas «deberá» tenerse especialmente en cuenta para la formación de la voluntad del Estado. A juicio de JANER TORRENS¹⁰⁵, en todo caso introduce aspectos novedosos

¹⁰⁵ JANER TORRENS, J.D., «La acción exterior...», *op. cit.*, p. 31.



y destacables, cuyo éxito dependerá en buena medida del correcto funcionamiento de los mecanismos de cooperación Estado-Comunidades Autónomas.

REPRESENTACIÓN BALEAR EN LA DELEGACIÓN ESPAÑOLA ANTE LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 111 regula una realidad existente con anterioridad a su aprobación, y acentuada tras los Acuerdos de 9 de diciembre de 2004 en el seno de la CARCE, con la novedad de que también ofrece la posibilidad de que en aquellos casos en que se hayan de tratar materias que afecten específicamente a la Comunidad Balear, ésta podrá acordar con el Estado su participación en la delegación al margen de las otras Comunidades Autónomas.

PARTICIPACIÓN EN EL CONTROL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El Parlamento regional balear y, después, las Cortes Generales establecieron en el artículo 112 la posibilidad, que no obligación, de que las Cortes Generales consulten al Parlamento balear en aras del respeto al principio de subsidiariedad. Esa previsión tendrá una aplicación real en el futuro, al haberse ratificado el Tratado de Lisboa.

PARTICIPACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA COMUNITARIOS

Finalmente, el nuevo artículo 113 se refiere a la participación de la Comunidad Autónoma balear en los procedimientos que se planteen ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Nada nuevo aporta este artículo, ya que condiciona dicha participación a lo que establezca en el Derecho comunitario y en la legislación del Estado. Según JANER TORRENS¹⁰⁶, el título de este artículo debió haber sido, al igual que en el nuevo Estatuto de Castilla y León, el de «Acciones ante el Tribunal de Justicia».

B. Aragón

Aragón dedica en la última reforma de su Estatuto de Autonomía¹⁰⁷, dentro de su Título VII «Cooperación institucional y acción exterior, el Capítulo III «Relaciones con la Unión Europea», a regular la materia objeto de desarrollo en este apartado. Dicho capítulo abarca, asimismo, los artículos 92 a 95.

¹⁰⁶ JANER TORRENS, J.D., «La acción exterior...», *op. cit.*, p. 314.

¹⁰⁷ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE núm. 97, 23 abril 2007).



El apartado primero del nuevo artículo 92.1 establece de forma genérica el derecho de la Comunidad aragonesa a participar en los asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten a las competencias o intereses de Aragón. Es interesante la ampliación del derecho de participación no sólo a las competencias que tenga Aragón sobre una materia, sino a aquellas materias o asuntos en que entren en juego los intereses regionales de la comunidad aragonesa. El segundo apartado del artículo 92 se refiere al establecimiento de una Delegación Permanente, es decir, las llamadas oficinas regionales en Bruselas. Como es sabido, nada nuevo aporta dicho precepto, eso sí, es de agradecer que se contemple expresamente tal derecho.

PARTICIPACIÓN EN LA FORMACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

A mi juicio, el artículo 93 desarrolla cuestiones que exceden de su regulación en un único precepto, y lo correcto hubiese sido que por lo menos se dedicara un precepto único a desarrollar la denominada participación ascendente en su nivel interno, y otro a hacer lo propio respecto a la participación en la denominada fase descendente. Del mismo se echa en falta que se dedicara algún precepto a desarrollar la gestión de los fondos europeos, y finalmente, una mención individualizada de la participación de la Asamblea legislativa autonómica en defensa del principio de subsidiariedad.

El primer apartado del artículo 93 se refiere a la posición estatal ante la Unión Europea, en especial ante el Consejo de Ministros, y no hace otra cosa que trasladar al ámbito estatutario la práctica que se viene desarrollando desde hace algún tiempo en el seno de la CARCE. El segundo apartado del artículo 93 se refiere a la aplicación y desarrollo del Derecho derivado comunitario. Como aspecto novedoso podría citarse la mención que se hace en el inciso final del apartado que establece que *«la existencia de norma europea no modifica la distribución interna competencial que establece la Constitución y el presente Estatuto»*. Finalmente, el apartado tercero del artículo 93 se refiere a la participación de la Asamblea legislativa aragonesa en los procedimientos de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que afecten a competencias de esta Comunidad Autónoma.

PARTICIPACIÓN EN INSTITUCIONES Y ORGANISMOS EUROPEOS

El artículo 94 del nuevo Estatuto de autonomía aragonés permite la participación de forma directa o mediante procedimientos multilaterales en los órganos e instituciones de la Unión Europea, especialmente ante el Consejo de Ministros, en los grupos de trabajo y Comités del Consejo, así como ante la Comisión, de acuerdo con la legislación estatal, es decir, conforme a los acuerdos adoptados en la CARCE. Nada nuevo aporta este artículo.



Finalmente, el artículo 95 del nuevo Estatuto aragonés se dedica a la participación de la Comunidad aragonesa en los Tribunales de Justicia comunitarios, remitiendo en su primer epígrafe a lo que establezca la normativa europea, acaso porque el legislador intuye que en el futuro se facilitará por vía del Derecho comunitario una regulación más beneficiosa para las denominadas regiones con competencias legislativas, pasando por una ampliación de supuestos de legitimación activa y por el establecimiento de unos requisitos menos rígidos que en la actualidad. Consciente también el legislador de la realidad actual en su epígrafe segundo se refiere a la posibilidad de instar al Gobierno de España que accione en defensa de los intereses y competencias de la Comunidad Autónoma, cuestiones éstas que han sido objeto de sendos acuerdos en la CARCE.

Recibido: 05-11-2012. Aceptado: 05-02-2013.



LA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS*

Alicia Espejo Campos**
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Este artículo estudia la problemática existente en torno a la transposición del Derecho europeo por las CCAA. Cuando éstas no transponen, lo hacen fuera de plazo o de forma defectuosa, el responsable ante las Instituciones europeas es únicamente el Estado, siendo sancionado en caso de incumplimiento. Para evitarlo, y garantizar la aplicación del Derecho europeo, el Estado ha buscado una serie de cauces. En este documento se analizan dichos cauces, concluyendo que son insuficientes y aportando vías alternativas para resolver el problema.

PALABRAS CLAVE: Transposición de Directivas, Comunidades Autónomas, responsabilidad estatal por incumplimiento.

ABSTRACT

«The transposition of the European Union Law by the Autonomous Communities». This article studies the existing problems concerning the transposition of the European Union Law by the Autonomous Communities. When these do not transpose, take place outside the time period or are done by defect, the State will be the only responsible entity facing the European institutions, being penalized in the case of infringement. To avoid this and to guarantee that the European Law is applied, the State has looked for a series of alternative ways. This paper analyzed these ways, concluding that these are insufficient and providing alternatives to solve the problem.

KEY WORDS: Transposition of European Directives, Autonomous Communities, State liability for non-compliance.

PLANTEAMIENTO

La correcta transposición de las Directivas europeas resulta de crucial importancia, pues de ella depende el llamado «*efecto útil*», esto es, el cumplimiento de la finalidad que, dentro del marco de los Tratados constitutivos, persiguen las



instituciones europeas al adoptar una norma, y en definitiva, la uniforme aplicación del Derecho de la Unión en todo el territorio¹.

En España, debido a nuestra organización territorial, la transposición de las normas europeas se lleva a cabo tanto por el Estado central como por las Comunidades Autónomas (CCAA) bajo el principio jurisprudencial de no alteración de distribución de competencias. Por lo tanto, las CCAA son responsables *ad intra* del desarrollo y cumplimiento del Derecho europeo en las materias de su competencia. No obstante, el Estado es el único responsable ante las Instituciones de la Unión Europea en caso de incumplimiento. Así, cuando las CCAA no transponen, lo hacen fuera de plazo o de forma defectuosa, es el Estado el sujeto responsable y, como tal, debe soportar la sanción pecuniaria o multa coercitiva interpuesta por la Unión Europea. Por ello, el Estado español ha buscado diversas vías para garantizar el Derecho de la Unión Europea, que desarrollaremos en el presente trabajo².

A pesar del tiempo transcurrido, estamos ante una controversia real y actual, como demuestran los innumerables recursos de incumplimiento interpuestos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al Estado español³; la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 1/2012, de 13 de enero, relativa a un recurso

* El presente artículo tiene su origen en el trabajo doctrinal del mismo título que obtuvo el Premio de Estudios Jurídicos «Tomás y Valiente» de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna en el año académico 2012-2013.

** Máster en Derecho de la Unión Europea por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y alumna de doctorado de la Universidad de La Laguna.

¹ ALBERTÍ ROVIRA, E., ORTEGA ÁLVAREZ, L. y MONTILLA MARTOS, J.A., *Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005; AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 9, 2009, pp. 129-164; CÁMARA VILLAR, G., «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, p. 208 y ss.; Díez-PICAZO, L.M., «Directivas comunitarias y Comunidades Autónomas: el derecho patrimonial», *Revista de derecho político*, núm. 44, 1998, pp. 307-322.

² JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Ordenamiento comunitario y Ordenamiento autonómico: Algunos problemas en la adaptación del derecho comunitario por los parlamentos autonómicos (El papel de la Ley autonómica en la transposición del Derecho Comunitario)», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 53, 1999, pp. 159-186; BUSTOS GISBERT, R., «La transposición del Derecho Comunitario por el Gobierno», *Gobierno y constitución : actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España/coord. por Pablo Lucas Murillo de la Cueva*, 2005, pp. 369-398; MONTILLA MARTOS, J.A., *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas: el desarrollo normativo del Derecho de la Unión en el Estado autonómico*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005; MOLINA DEL POZO, C.F., *Derecho de la Unión Europea*, editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 277-297.

³ La mayoría vienen motivados exclusivamente por la actuación del Estado central, tratándose principalmente de vulneraciones de las obligaciones estipuladas en Directivas, sea por errónea o insuficiente transposición. Sin embargo, no faltan incumplimientos imputables al Derecho autonómico en diversas materias, como son: en materia de ejecución medioambiental (C-186/08, de 18 de diciembre de 2007; C-35/04, de 28 de junio de 2007; C-26/04, de 15 de diciembre de 2005; C-135/04, de 9 de junio de 2005); en materia de ayudas de Estado en forma de «vacaciones fiscales» (C-177/06, de 20 de septiembre de 2007; C-485/03, de 14 de diciembre de 2006); contratación pública (C-323/03, de 9 de marzo de 2006); protección de consumidores (C-135/03, de 14 de julio de 2005); entre otros.

de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de Andalucía en relación con el Real Decreto-ley 9/2000, de evaluación ambiental⁴; y el complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios⁵.

La pregunta a la que debemos dar respuesta es: ¿Qué ocurre cuando una Comunidad Autónoma no transpone una Directiva, lo hace de forma defectuosa, o fuera de plazo? Para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea y repercutir a las CCAA la responsabilidad derivada de los incumplimientos que les sean imputables, el Estado dispone de diferentes cauces: a) el título competencial «relaciones internacionales» establecido en el art. 149.1.3 CE; b) el artículo 93 de la CE como título competencial extraordinario; c) los títulos transversales y la competencia para adoptar las bases; y d) la aplicación supletoria del Derecho estatal.

Este artículo está organizado como se describe a continuación. Primeramente, en el apartado 2, analizaremos la jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias en el Estado español. A continuación, se describen los distintos cauces a través de los cuales el Estado ha pretendido garantizar la aplicación del Derecho europeo (apartado 3). Una descripción de la intervención de las CCAA y su responsabilidad en caso de incumplimiento se incluye en el apartado 4. En el siguiente apartado se estudia la posible aplicación supletoria del Derecho estatal como garantía de la ejecución de obligaciones normativas europeas. Seguidamente se exponen una serie de vías alternativas propuestas para solucionar el problema, y por último se enumeran las conclusiones obtenidas tras elaborar el presente trabajo.

⁴ Este Real Decreto establece en su exposición de motivos la necesidad de reaccionar ante las numerosas demandas interpuestas contra el Reino de España frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además de esta cuestión, la sentencia trata sobre la posibilidad de aplicar la vía del Real Decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea, a causa del retraso o falta de transposición del Derecho europeo, sin embargo, el alto tribunal, en la sentencia, condiciona la posible utilización del decreto-ley a que se den una serie de requisitos: el patente retraso en la transposición de las Directivas correspondientes (elemento temporal), la existencia de procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España (elemento causal) y la importancia que cabe conferir a proyectos con relevancia económica y social (elemento material).

⁵ La Directiva implica en el proceso de transposición a multitud de autoridades competentes, no sólo a las CCAA, sino también a las entidades locales. Si bien, el proceso de transposición fue impulsado por el Estado, esto no significó que el resto de administraciones implicadas quedasen al margen del mismo. Se consideró conveniente aprobar una Ley de transposición de carácter horizontal (Ley Paraguas) que incluyera los principios generales de la Directiva y aportara un marco jurídico de referencia para luego adaptar las normas sectoriales en vigor. Sin embargo, algunas CCAA, sin esperar a que el Estado completara su proceso de transposición, procedieron a realizar transposiciones de la Directiva, en unos casos con carácter sectorial y en otros con un planteamiento más general.



LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA: EL PRINCIPIO DE NO ALTERACIÓN COMPETENCIAL

La distribución de competencias regulada en los artículos 148 y 149 de la Constitución ha generado numerosos conflictos ante el Tribunal Constitucional (TC)⁶. Concretamente, en relación con el Derecho de la Unión Europea, la jurisprudencia inicial se caracterizaba por la concepción globalizadora de las relaciones internacionales, pero sin diferenciar entre el desarrollo normativo y la ejecución, la aplicación y la responsabilidad internacional y lo comunitario y lo exterior.

En la actualidad, el orden constitucional de competencias no resulta alterado por el ingreso de España en la Comunidad Europea (hoy Unión Europea), ni por la promulgación de normas europeas y su incidencia en el Derecho interno. Ello se debe al principio general de no alteración de la distribución de competencias que fue introducido por la STC 252/1988. Esta sentencia resolvió un conflicto de competencias entre el Estado y la CCAA de Cataluña surgido en el proceso de incorporación de una Directiva en materia de sanidad animal. Dicha Directiva disponía expresamente que su transposición había de efectuarse por la autoridad central competente de cada Estado miembro. El Tribunal, habida cuenta de que la competencia sobre la materia la ostentaba la CCAA, estimó que en el territorio catalán la autoridad central sólo podía ser la autonómica⁷.

El principio general de la no alteración del orden interno de distribución de competencias será confirmado por la jurisprudencia constitucional de manera constante y uniforme, declarando reiteradamente el alto Tribunal que los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias no resultan alterados ni por el ingreso de España en la Unión Europea ni por la promulgación de normas europeas⁸. Así, por ejemplo, la STC 76/1991 estableció que la aplicación del Derecho de la Unión en materia de agricultura corresponde al Estado o a las CCAA según quien fuera el titular de la competencia afectada por la norma europea⁹. De igual

⁶ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, p. 396 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «El sistema de distribución de competencias entre el estado y las Comunidades Autónomas», REVL, núm. 201, 1979; COSCULLUELA MONTANER, L., «La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas», *Revista de Administración Pública*, núm. 89, pp. 7-60.

⁷ El TC afirma que son «las reglas internas de delimitación de competencias las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencias» y, por ello, las que determinan qué instancia, estatal o autonómica, es la competente para el desarrollo normativo del Derecho de la Unión.

⁸ SSTC 76/1991, 236/1991, 79/1992, 146/1996, 33/2005 y 134/2011

⁹ Establece el TC que «tanto la representación del Gobierno Vasco como la del Consejo de Gobierno de la Generalidad vienen a mantener que la necesidad de traslación de la normativa europea al derecho interno español no tiene que suponer un aumento de las competencias del Estado, por lo que, en la materia de que se trata, han de seguirse los criterios del reparto constitucional y estatutario de competencias, sin que, por lo demás, las Comunidades Autónomas cuestionen la competencia estatal para transponer directivas comunitarias... El Abogado del Estado, a su vez, viene a reconocer explícitamente que el desarrollo y ejecución normativa de la norma europea habrá de discurrir a través

forma, la STC 236/1991 dictada en relación con la competencia en materia de pesos y medidas añadió que:

los cauces correspondientes (art. 95.1 CE) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias», por lo que «la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario.

Aún más clara es la STC 79/1992, cuyo fundamento jurídico primero dispone que:

la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias», pues «la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental [...].

Ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden por tanto considerar alterado su propio ámbito competencial en virtud de esa conexión comunitaria. La ejecución de los Convenios y Tratados Internacionales, en lo que afecten a las materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas, no supone, como resulta evidente, atribución de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la respectiva Comunidad Autónoma. Por su parte, el Estado no puede ampararse por principio en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.3.ª CE) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los Convenios y Tratados internacionales y, en particular, del Derecho derivado europeo.

En definitiva, por tanto, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario.

A la vista de la doctrina jurisprudencial, cabe afirmar que el desarrollo normativo del Derecho europeo en el Estado autonómico corresponde al poder público materialmente competente para regular esa materia de acuerdo con las reglas internas de reparto competencial. No se trata de una facultad competencial (ni el Estado ni las CCAA poseen un título competencial específico para la aplicación interna del Derecho europeo); sino que se trata de una función derivada de y vinculada a un título competencial material. Por lo tanto, a modo de resumen, deben significarse las siguientes ideas:

del orden competencial establecido, y que el orden constitucional de competencias no resulta alterado por el ingreso de España en la Comunidad Europea, ni por la promulgación de normas comunitarias, y funda la competencia estatal en títulos constitucionales, sin referencia a las normas comunitarias, cuyo desarrollo lleva a cabo el Real Decreto que se impugna».



- a) Los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las CCAA no resultan alterados por el ingreso de España en la Unión Europea, ni por la promulgación de normas comunitarias, pues el principio de autonomía institucional y procedimental implica el respeto, desde el Derecho europeo, a dicho reparto interno de competencias y poderes.
- b) En el desarrollo normativo del Derecho europeo rige el principio de no alteración del reparto competencial. En consecuencia, la aplicación interna del Derecho europeo corresponde a quien «materialmente», o «naturalmente», ostente la competencia según las reglas de Derecho interno.
- c) Por ello, a las CCAA les corresponderá la aplicación de normas europeas, en cuanto titulares de competencias, en atención al grado de intervención que resulte de los respectivos Estatutos para esas materias competenciales.

LOS TÍTULOS COMPETENCIALES DEL ESTADO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN MATERIA DE RELACIONES INTERNACIONALES

La primera vía con la que contó el Estado para garantizar el cumplimiento del Derecho europeo fue el artículo 149.1.3 CE. En un principio, el TC entendió que las relaciones internacionales a las que se refiere el citado precepto hacían referencia a una competencia exclusiva plena del Estado, de tal suerte que, en el exterior, todas las manifestaciones del poder derivarían de aquél. El TC dejaba así a las CCAA fuera de cualquier actividad con proyección exterior, lo que conllevaba que todos los asuntos europeos fueran entendidos como una competencia exclusiva del Estado. Un ejemplo de esta concepción expansiva del título competencial «*relaciones internacionales*» en la primera jurisprudencia constitucional es la STC 137/1989¹⁰.

Esta interpretación jurisprudencial fue posteriormente modificada, al limitarse el alcance del concepto de «*relaciones internacionales*». Partiendo de esta idea, se advierte que la competencia exclusiva del Estado sobre esta clase de relaciones no alcanza a cualquier actividad exterior, eliminando con ello el obstáculo hasta entonces existente a la participación autonómica en los asuntos europeos, concretamente en el proceso de incorporación normativa del Derecho de la Unión. A partir de 1989, el Tribunal califica el art. 149.1.3 CE como un título esencialmente político y propio de las relaciones entre Estados, que no puede impedir el ejercicio de las competencias autonómicas, siempre que con ello no se comprometa la soberanía

¹⁰ En esta sentencia, a propósito de un Comunicado de colaboración entre Galicia y Dinamarca, se impide cualquier actuación autonómica con una proyección internacional, dado el carácter estatal de la totalidad de las facultades competenciales sobre la materia «*relaciones internacionales*».

nacional ni se generen responsabilidades del Estado, políticas o económicas frente a terceros (STC 17/1991).

Con posterioridad, el TC cambia de criterio y utiliza una concepción más restrictiva del concepto «*relaciones internacionales*». Lo hace al analizar la constitucionalidad de la creación de la Oficina del Gobierno vasco en Bruselas en la STC 165/1994, en donde entiende que el término «*relaciones internacionales*» no se identifica con el contenido más amplio que posee dicha expresión en sentido sociológico, ni con cualquier actividad exterior. Tampoco, con la expresión «política exterior» en cuanto acción política del Gobierno. Además, el Tribunal considera que el objeto de esta reserva se refiere a las relaciones de España con otros Estados independientes y soberanos, y con las Organizaciones internacionales gubernamentales. Esas relaciones se rigen por el Derecho Internacional general (art. 96.1 CE) y por los Tratados y Convenios. Esas normas de Derecho internacional son las que permiten determinar en cada caso tanto el contenido de las mismas como su sujeto. Así, las «*relaciones internacionales*» objeto de la reserva contenida en el art. 149.1.3 CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional.

A partir de ello, el TC se ha referido, en relación con el artículo 149.1.3^a de la Constitución, a materias tan características del ordenamiento internacional como las relativas a la celebración de tratados, y a la representación exterior del Estado, así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado.

Partiendo de esta conceptualización restrictiva del título competencial estatal «*relaciones internacionales*», que se encuentra ya plenamente asentada en nuestra jurisprudencia constitucional, la viabilidad de la intervención autonómica en la materia quedaba ya apuntada¹¹. Queda claro que la dimensión exterior de un asunto no puede servir como fundamento para llevar a cabo una interpretación extensiva del artículo 149.1.3^a de la Constitución. La competencia exclusiva en relaciones internacionales afecta a la acción exterior, pero no a la aplicación interior de la normativa europea.

EL ARTÍCULO 93 CE COMO TÍTULO COMPETENCIAL EXTRAORDINARIO DEL ESTADO

Otra vía con la que ha contado el Estado para garantizar el Derecho de la Unión Europea viene recogida en el artículo 93 de la Constitución. La referencia contenida en este artículo, que encomienda a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, «*la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los Organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión*», fue utilizada por el Estado en el pasado como excusa de la responsabilidad internacional y de su obligación constitucional de controlar el cumplimiento del Derecho de la Unión, privando con ello a las CCAA de la competencia de desarrollo normativo y de ejecución. El TC llegó incluso a vincular la competencia exclusiva del Estado en

¹¹ STC 79/1992.



materia de comercio y sanidad exterior a dicho artículo, basándose en «*la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el artículo 93 CE*»¹². De esta manera, el TC confundió el «control de cumplimiento» con la ejecución misma y la responsabilidad internacional.

En sentencias posteriores¹³, afirma que la previsión del artículo 93 no configura por sí sola un título competencial autónomo a favor del Estado, sino que ineludiblemente ha de serlo por conexión con las competencias externas del Estado. Por lo tanto, el control debe recaer sobre el ejercicio de la competencia de ejecución, y no puede consistir en el ejercicio directo y exclusivo de la competencia autonómica por el Estado, ni la puede perturbar o cercenar.

En resumen, en el artículo 93 CE se refleja el deber de lealtad europea, que impone al Estado miembro la obligación de garantizar plenamente la aplicación del Derecho de la Unión. Pero no determina qué órganos o a través de qué procedimientos deberá asegurarse el cumplimiento de las obligaciones por los Estados miembros. Únicamente establece la responsabilidad del Estado ante las instituciones europeas en la incorporación de sus fuentes legales precisadas de ello. El TC ha sostenido que la relación directa con los órganos europeos compete al Estado, como miembro de la UE¹⁴.

LA UTILIZACIÓN DE LOS TÍTULOS COMPETENCIALES TRANSVERSALES Y LA COMPETENCIA PARA ADOPTAR LAS BASES

A. Competencias transversales

Como sabemos, en el reparto competencial entre el Estado y las CCAA es posible que concurren diversos títulos sobre un mismo supuesto. Estos títulos competenciales, denominados horizontales o transversales, limitan la capacidad de actuación de las CCAA. El ejemplo típico es el de la «ordenación general de la actividad económica» derivada del art. 149.1.13 CE, que le permite establecer las bases y la coordinación en las actividades con contenido económico; pero también encontramos el art. 149.1.10, 11, 14, 16 ó 17 CE. En virtud de este título horizontal, el Estado se interpone en el proceso de incorporación de normas europeas para establecer las bases o la coordinación.

El TC ha amparado la horizontalidad de los títulos competenciales, que amplían las competencias estatales y limitan las autonómicas, en las Sentencias ya estudiadas 252/1988 y 79/1992, entre otras. Sin embargo, progresivamente está

¹² STC 252/1988.

¹³ STC 80/1993.

¹⁴ SSTC 172/1992, 80/1993, 165/1994.

condicionando la actuación transversal del Estado a la presencia de determinadas circunstancias¹⁵:

- a) El sentido o finalidad de la norma, de manera que si no se pretende la realización de la competencia estatal se estará en presencia del ejercicio de una competencia autonómica.
- b) La relevancia real del ejercicio de una determinada facultad competencial.
- c) La aplicación preferente de la regla especial sobre la general.

Así, habrá de analizarse cada caso concreto para evitar un uso abusivo de estos títulos. La Abogacía del Estado ha alegado en varias ocasiones, ante el TC, que la dimensión europeísta de una norma estataliza la competencia en todo caso, argumentando que la competencia exclusiva del Estado sobre relaciones internacionales le habilita para la incorporación interna de las normas europeas. No obstante, como se ha justificado en el apartado 3.1, el TC mantiene una interpretación restrictiva del título competencial estatal «*relaciones internacionales*».

Pero además, la Abogacía del Estado ha mantenido la necesidad de que en cualquier aplicación interna de normas europeas, sea cual sea la materia a la que afecte, pueda elaborarse una normativa básica por el Estado, ante la necesidad de adaptar y modificar en su caso el ordenamiento estatal. De ahí que el siguiente cauce para garantizar el Derecho europeo haya sido la competencia para adoptar las bases.

B. Competencia para adoptar la legislación básica

El TC ha establecido en numerosas ocasiones que la incorporación del Derecho europeo sólo podrá hacerse mediante normas básicas estatales cuando lo permitan la Constitución y los Estatutos de Autonomía¹⁶.

Por su parte, cuando el Estado carece de título competencial, y no son de aplicación los títulos horizontales, lo lógico es que sea la propia Comunidad Autónoma la que desarrolle el Derecho de la Unión sin la intermediación de éste. Por lo tanto, las CCAA pueden desarrollar normativamente el Derecho de la Unión sin esperar a que el Estado dicte las normas básicas sobre la materia, cuando éste carece de competencia para hacerlo¹⁷.

Existen también supuestos en los que se produce un solapamiento de las normas europeas precisadas de incorporación y el ámbito estatal de lo «*básico*», por lo que, para evitar la reiteración, se ha planteado la conveniencia de la abstención del

¹⁵ BUSTOS GISBERT, R., *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1993, p. 260.

¹⁶ STC 141/1993.

¹⁷ A pesar de ello, existe una cierta desconfianza jurisprudencial al desarrollo directo de las normas europeas por las Comunidades Autónomas, tal y como se desprende de las SSTC 1/1982, 48/1988, de 22 de marzo; 49/1989, de 22 de marzo; y 227/1988, de 29 de noviembre, entre otras.



Estado y el desarrollo directo por las CCAA de las normas europeas. Si coinciden plenamente ambos ámbitos materiales de actuación, ¿subsiste o desaparece la facultad competencial del Estado para establecer las bases? La STC 79/1992 parece optar por la preclusión de la competencia estatal, al señalar que la capacidad del poder central para dictar las normas básicas en una materia no desaparece automáticamente debido a la existencia de una normativa europea dictada sobre la misma. Sin embargo, indica a continuación que debe determinarse en cada supuesto si tales normas europeas agotan o no el contenido de la regulación básica de la materia, pudiendo así establecerse si subsiste o no la competencia estatal para dictar la legislación básica¹⁸.

La cuestión clave del asunto es valorar si el Estado tiene título competencial para interponerse entre la norma europea y las autonómicas o pretende un uso abusivo de su título. En ese sentido deben ser interpretadas dos sentencias del TC distantes en el tiempo. De una parte la STC 13/1992 (FJ8º) de la cual se desprende que las normas del Estado que complementan o desarrollan normas comunitarias sólo pueden tener aplicación directa, sin invadir las competencias de las CCAA, en dos supuestos: a) cuando hayan de ser consideradas normas básicas del sector; b) cuando la existencia de una regulación común esté justificada por razones de coordinación de las actividades del Estado y de las CCAA.

De otra parte, en la STC 128/1999 el Estado carece de título habilitante para interponerse entre la norma europea y las instituciones autonómicas y, en consecuencia, acepta el Tribunal la relación directa entre éstas. Desde esta óptica, si el Estado cuenta con un título competencial invocable, éste se mantiene sin ser subsumido por la normativa europea, de tal forma que no se afecta a la capacidad del Estado para dictar las bases de una materia en virtud del principio de no alteración del reparto competencial en el desarrollo normativo y ejecución administrativa del Derecho europeo, y el principio comunitario de autonomía institucional y procedimental.

A la vista de lo expuesto con anterioridad, podemos establecer las siguientes premisas:

- 1º Esta limitación de la capacidad de decisión estatal no ampara una extensión de sus facultades de actuación interna a los ámbitos propios de las CCAA, ya que ello provocaría el vaciamiento de las competencias autonómicas y la alteración del reparto competencial consagrado en la Constitución.
- 2º En todo caso, una de las cuestiones más problemáticas respecto a la intervención del Estado para establecer las bases en el desarrollo normativo del Derecho de la Unión se refiere al detallismo de las bases, que dificulta la actuación normativa autonómica. En algunas ocasiones, la regulación es tan detallada que apenas permite el desarrollo normativo autonómico. Los Estados justifican el tratamiento detallado de las bases en la necesidad de una rápida incorporación de la norma europea, en el carácter supra-autonómico de la actividad, o en la necesidad de homogeneidad y uniformidad. Sin embargo,

¹⁸ En el mismo sentido STC 128/1999.

para algunos autores¹⁹ estos argumentos no son del todo válidos. La incorporación rápida no es un criterio que justifique una actuación contraria al sistema de reparto competencial, el carácter supra-autonómico de la actividad está vinculado al principio de territorialidad, lo cual supondría que la aplicación extensiva de este principio vaciaría de contenido las competencias autonómicas. En este sentido la reciente STC 38/2012, de 26 de marzo²⁰, recuerda en su fundamento jurídico séptimo que la supra-territorialidad no es un título competencial. La homogeneidad y uniformidad del tratamiento normativo no puede justificar la actuación del Estado sin título competencial y alegarse de forma autónoma, sino únicamente vinculada a títulos competenciales específicos.

- 3º La jurisprudencia constitucional ha consagrado que no es básica la regulación de detalle de una materia que agote su tratamiento sin dejar margen a una política autonómica propia²¹.
- 4º En la práctica, esta forma de actuar del Estado provoca tres respuestas por parte de las CCAA: a) inactividad autonómica ante el detallismo de las bases, b) la técnica de la reproducción en normas autonómicas de las bases estatales, y c) normas autonómicas de desarrollo que contradicen unas detalladas bases estatales. Todas estas respuestas han sido criticadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.
- 5º Existen límites constitucionales a esta forma de actuación del Estado, que hacen alusión al principio de no alteración del reparto competencial, y que se concreta en la prohibición de vaciar las competencias autonómicas y el respeto a la naturaleza de estas competencias, que no puede ser mutada en el proceso de aplicación del Derecho europeo.

Aunque es indudable que las bases estatales delimitan el ámbito material de la autonomía de las CCAA, el Estado no puede ejecutar íntegramente una Directiva o reservar a aquéllas sólo la ejecución administrativa, con un título competencial que le habilita únicamente para establecer las bases de una materia²². Lógicamente,

¹⁹ MONTILLA MARTOS, J.A., «La articulación normativa bases-desarrollo al incorporar el derecho europeo en el estado autonómico», *Revista de derecho constitucional europeo*, 2004, pp. 207-234. Sobre la problemática bases-desarrollo es importante GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 301-318; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 746-781.

²⁰ En el mismo sentido, SSTC 194/2004, de 4 de noviembre y 178/2011, de 8 de noviembre.

²¹ SSTC 147/1991 y 102/1995, entre otras.

²² Por ejemplo, en materia de agricultura o ganadería, sectores de actividad en los que las Directivas suelen ser detalladas en virtud de la política agraria común, el Estado, que interviene en virtud del título competencial horizontal de ordenación de la actividad económica o, en ocasiones, el de sanidad, no puede trasponer hasta los detalles la regulación, sino únicamente «lo básico», dejando a la Comunidad Autónoma la transposición de lo que se considere desarrollo (legislación y ejecución) de tales bases.



cualquier conflicto competencial en este sentido podrá ser conocido por el TC, como órgano de garantía del reparto competencial interno.

Por tanto puede establecerse como criterio general que corresponde al Estado dictar el mínimo normativo común a respetar en todo caso por las distintas legislaciones autonómicas, y no la regulación detallada de la materia, para respetar la reserva constitucional de complemento normativo que tienen las CCAA. Las bases estatales deben constituir una regulación de mínimos, sobre todo a partir de la STC 102/1995, como punto de inflexión de una doctrina anterior, contenida fundamentalmente en la STC 149/1989, en la que se mantenía un criterio restrictivo sobre el alcance de lo básico como «ordenación de mínimos» que preserva las facultades competenciales autonómicas²³.

LA LEGÍTIMA INTERVENCIÓN DE LAS CCAA

TÍTULOS COMPETENCIALES MATERIALES DE LAS CCAA EN EL DESARROLLO NORMATIVO DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Comprobado, por tanto, que el Estado carece de título competencial específico para intervenir en el proceso de incorporación normativa interna de las fuentes europeas, procede analizar ahora los títulos que pueden aducir las CCAA. En este sentido, diversos Estatutos de Autonomía reconocen desde un primer momento a las CCAA la facultad competencial de ejecutar los tratados y convenios internacionales en el ámbito interno²⁴. Otros estatutos, en cambio, no contenían esta mención en el momento de aprobarse y se referían únicamente a la ejecución del Derecho originario, sin mencionar al derivado²⁵. Sólo los Estatutos de Aragón (artículo 40, apartado 2) y Murcia (artículo 12, apartado 2) citaban, junto a la ejecución de tratados internacionales, la de los «actos normativos de las organizaciones internacionales»²⁶. La Constitución no determina las facultades competenciales de

²³ La problemática se agrava cuando la trasposición de las fuentes legales europeas hace alusión a una materia compartida a partir de la técnica de reparto bases-desarrollo. Sin embargo, la complejidad o las dificultades no justifican una alteración del reparto competencial. La solución idónea se centraría en buscar técnicas participativas o mecanismos de colaboración entre el Estado y las CCAA que garanticen una adecuada aplicación del Derecho europeo mediante el seguimiento exhaustivo del reparto bases-desarrollo en este proceso.

²⁴ Cataluña (artículo 27.3), Andalucía (artículo 23.2), Canarias (artículo 37.2), Madrid (artículo 33.2), entre otros.

²⁵ Galicia, Cantabria, La Rioja y Valencia.

²⁶ En la actualidad, el estatuto catalán ha establecido un capítulo III para las relaciones de la Generalitat con la Unión Europea, con nueve preceptos (artículos 184 a 192) que, por primera vez, reconocen a nivel legislativo el derecho de la Generalitat a participar de modo general en los asuntos relacionados con la UE que afecten a las competencias o intereses de Cataluña, y reglamentan con detalle los distintos aspectos que comprende esta participación en sus fases ascendente y descendente. Una regulación prácticamente idéntica se encuentra en el Estatuto de Autonomía de

las CCAA en este proceso, pero aun más importante resulta resaltar que el TC²⁷ ha reducido el alcance de las mencionadas cláusulas estatutarias, al considerar que no suponen la asunción de una competencia nueva, distinta a la que ostentaba la CCAA en virtud de otros preceptos. De igual forma que el Estado no puede ampararse en su competencia exclusiva sobre relaciones internacionales para ampliar su *quantum* competencial a toda actividad de desarrollo o ejecución de fuentes europeas, las CCAA tampoco pueden aducir una referencia estatutaria a la competencia en la ejecución para extender su ámbito de actuación a materias distintas a las contenidas en sus Estatutos. Por ello, el Tribunal ha resuelto esta cuestión soslayando tanto el art. 149.1.3 CE como las menciones estatutarias.

A pesar de lo anterior, o precisamente por ello, el TC ha terminado por reconocer la participación autonómica en el desarrollo normativo del Derecho de la Unión sin mencionar siquiera a los Estatutos de Autonomía. Su construcción jurisprudencial se sostiene en el principio de no alteración del reparto competencial suponiendo que la integración europea no ha modificado la distribución interna de competencias tal y como se ha expuesto. Por ello, el desarrollo normativo corresponde al ente materialmente competente para regular esa materia. Así, el cómo y el dentro de qué límites pueden las CCAA participar en el proceso de incorporación de las fuentes europeas se rige por el orden constitucional y estatutario de competencias. No existe un título específico de carácter horizontal, sino una función derivada de los diversos títulos materiales. Si la fuente europea incide materialmente en el ámbito competencial autonómico, el territorio tiene la facultad para el desarrollo normativo y/o la ejecución administrativa de esta norma europea en el ordenamiento interno, conforme a la naturaleza y alcance de las facultades asumidas sobre esa materia.

La suficiencia del título material autonómico es la consecuencia lógica de imbricar los principios europeos que rigen la aplicación interna del Derecho de la Unión en los Estados miembros (autonomía y subsidiariedad) con el principio constitucional interno de no alteración del reparto competencial en el proceso de integración europea, sustentado en la interpretación de los arts. 149.1.3 CE y 93 CE antes expuesta.

En conclusión, no existe título competencial específico, ni del Estado ni de las CCAA, para intervenir en el proceso aplicativo del Derecho de la Unión Europea²⁸. No es una facultad competencial atribuible, sino una función que realiza el ente competente sobre la materia competencial. Por ello, las CCAA intervienen en este proceso con el sustento de los títulos competenciales materiales que les permiten ejercer, en ese ámbito, tal función. La fundamentación constitucional de la función participativa de las CCAA en este proceso deriva de la garantía constitucional del principio autonómico (Art. 2 CE), de una interpretación restrictiva del título «rela-

Andalucía (artículos 230 a 239), Baleares (artículos 106 a 113) y Aragón (artículos 92 a 95). Estos estatutos contienen igualmente otros preceptos a lo largo de su articulado en los que se hace mención a cuestiones relativas a la UE.

²⁷ STC 80/1993 y STC 252/1988.

²⁸ SSTC 141/1993, 102/1995, 112/1995, entre otras.



ciones internacionales» y de la consideración constitucional de la integración europea, que permite condicionar el ejercicio de competencias estatales y/o autonómicas pero no alterar el reparto competencial interno (art. 93 CE), evitando con ello, como ya se ha indicado más arriba, el vaciado de competencias de las CCAA. En todo caso, la responsabilidad única del Estado sigue latente.

LA RESPONSABILIDAD AUTONÓMICA POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Como sabemos, el Estado es el único responsable frente a la Unión Europea de la observancia de las obligaciones europeas, y por ello los recursos de incumplimiento se interponen frente a éste. Este hecho no quita que las CCAA asuman también cierta responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión frente al Estado²⁹, que puede tener doble consecuencia: por un lado, una reclamación de responsabilidad patrimonial de las CCAA; y por otro lado, la repercusión en las Autonomías infractoras, del importe de las sanciones económicas impuestas al Estado español por este hecho.

A pesar de ser ésta una cuestión primordial, no están del todo claro los cauces a través de los cuales puede actuarse frente a las Autonomías que quebrantan el Derecho de la Unión, especialmente si se tiene en cuenta que la STC 96/2002 (FJ 10º) declaró que la responsabilidad del Estado frente a la Unión Europea por incumplimientos autonómicos del Derecho europeo no *«le impide repercutir ad intra, en las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda»*.

Con respecto a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones autonómicas por sus infracciones del Derecho de la Unión que causen daños y perjuicios, debe hacerse constar que la Comunidad Autónoma responderá de la misma forma que lo hace en el Derecho interno. Es decir, se aplican de forma analógica las disposiciones internas para supuestos similares de responsabilidad administrativa por la lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos a resultas

²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Civitas, Pamplona, 2000; COBREROS MENDAZONA, E., «El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (construcción y elementos en el ordenamiento estatal)», *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. Coord. por José María Beneyto Pérez, Jerónimo Maillo González-Orús, Belén Becerril Atienza, vol. 4, 2011, pp. 601-664; FERNÁNDEZ FARRERES, G.J., «La repercusión sobre las Comunidades Autónomas de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista española de la función consultiva*, núm. 15, 2011, pp. 49-62; VALENCIA VILA, S., «La derivación de la responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario hacia las comunidades autónomas», *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 24, 2012, pp. 409-432; AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «¿Quién ha de pagar el incumplimiento del Derecho de la Unión, El Estado o las Comunidades Autónomas?. A propósito de algunos aspectos de interés del Informe del Consejo de Estado español de 15 de Diciembre de 2010», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 15, 2009, p. 85 y ss.

del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tal y como establece el artículo 106 de la Constitución, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y tal y como dispone también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 1 de junio de 1999³⁰.

Según un sector doctrinal, la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma es de carácter solidario, esto es, el particular perjudicado por la conducta autonómica puede dirigirse frente a ésta y solidariamente frente al Estado; tal como establece el artículo 140 de la Ley 30/1992³¹. Sin embargo, estamos ante una cuestión un tanto discutida, basta con apuntar que en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 mayo de 2011 (Aranzadi, RJ 2011/4708) se establece que «*no era posible utilizar el criterio de solidaridad porque la responsabilidad era perfectamente determinable atendiendo a los criterios que establece el artículo 140.2 de la Ley y así lo hizo Sala de instancia*». Por lo tanto, hay que tener en cuenta si existe concurrencia de responsabilidades y en su caso cuál es la más trascendente. Por último, debe tenerse en cuenta que si el Estado no tiene competencia alguna en la materia, únicamente cabría su responsabilidad si concurriese culpa *in vigilando* en la actuación estatal. En caso contrario, el particular sólo podrá exigir la responsabilidad de la Administración autonómica.

Cuando el Tribunal de Justicia declara que el Estado español ha infringido el Derecho europeo como consecuencia de las actuaciones de sus CCAA, son éstas las que deben actuar para poner fin a tal situación, en atención al reparto competencial interno. Si no lo hacen, se iniciará el procedimiento por infracción contra el Estado para dotar de mayor efectividad a las sentencias que declaran el incumplimiento, pudiendo conducir a una nueva declaración de incumplimiento con la consecuencia de la responsabilidad financiera del Estado miembro, concretada en una sanción económica o de multa coercitiva hasta que se ponga fin al incumplimiento (art. 260 TFUE). En este caso, resulta lógica la previsión de trasladar la responsabilidad financiera a los órganos autonómicos, cuando un órgano interno de resolución de conflicto o el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea³² ha declarado que la Comunidad Autónoma ha sido causante de la responsabilidad del Estado, a través de una acción de regreso, sustentada en los principios generales de daños.

El traslado a la CCAA de la responsabilidad financiera no altera el reparto competencial ni afecta a la autonomía financiera, y puede sustentarse en el principio de cooperación leal. Sin embargo, y aun cuando, aparentemente, parece una tarea fácil repercutir en la Comunidad Autónoma las consecuencias económicas de las sanciones impuestas al Estado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

³⁰ En sentido similar, y más reciente, ver STJUE de 26 de enero de 2010 y STJUE de 17 de noviembre de 2011.

³¹ En esta línea, *vid.* CIENFUEGOS MATEO, M., «Comunidades Autónomas, tribunales de la Unión Europea...», loc. cit., p. 77.

³² STJCE de 1 de octubre de 1998.



lo cierto, es que pocos han sido los supuestos en los que se han aprobado normas jurídicas con este fin.

El supuesto por excelencia es el de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, que introdujo un nuevo artículo 121.bis en el texto refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio). Esta Ley trae su causa de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de noviembre de 2003, Comisión/España (C-278/01, Rec. 2003, p. I/14141), que verificó que España no había ejecutado su sentencia de 12 de febrero de 1998, Comisión/España (C-92/96), y por ello condenó al Reino de España a pagar a la Comisión Europea, en la cuenta «*recursos propios de la Comunidad Europea*», una multa coercitiva de 624.150 euros al año.

Recientemente ha sido aprobada la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que regula en su Disposición Adicional Segunda el principio de responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario. Así, cuando una entidad integrante del sector público incumpla obligaciones derivadas de normas del Derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirá las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento.

No sabemos el alcance que tendrá esta disposición, si será aplicada de forma genérica o solo a asuntos referentes a la Estabilidad Presupuestaria y la Sostenibilidad Financiera. Se trata, sin embargo, de soluciones *ad hoc* porque no existe todavía una ley estatal que regule, con carácter general, los supuestos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión imputables a una CCAA, ni el procedimiento para repercutirle dicha responsabilidad. Por este motivo, algunos autores³³ abogan porque la solución se encuentra en una futura reforma de la Constitución española, en la cual se incluya una mención genérica a la responsabilidad de las CCAA por sus incumplimientos del Derecho europeo, con remisión expresa a una ley de desarrollo.

¿ES POSIBLE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL DERECHO ESTATAL COMO GARANTÍA DE LA EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES NORMATIVAS EUROPEAS EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO?

Como ya hemos visto, la integración española en la Unión Europea no altera el diseño interno de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, si bien, sólo el Estado es responsable ante la Unión. Así que teniendo en cuenta que los títulos estudiados con los que cuenta el Estado no son viables, es obligado

³³ CIENFUEGOS MATEO, M., «Comunidades Autónomas, Tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 5, 2007, pp. 39-100.

preguntarse si puede el Estado garantizar la ejecución del Derecho europeo por las CCAA y, en su caso, cómo puede hacerlo.

Es evidente que el Estado debe garantizar la ejecución por las CCAA del Derecho europeo con los instrumentos previstos en la Constitución para ello. De esta forma, se plantea la posibilidad de utilizar la cláusula de supletoriedad establecida en el artículo 149.3 CE para asegurar estatalmente la ejecución autonómica del Derecho europeo, tanto de manera preventiva, como *a posteriori*³⁴. Y es que la falta de regulación autonómica sería equivalente a una laguna y, por todo, sería obligado completarla.

Los primeros pronunciamientos del TC sobre la cláusula de supletoriedad del Estado mantuvieron una interpretación orientada a potenciarla, para que pudiese cumplir su fin, evitando así vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico³⁵. No obstante, el Tribunal advirtió que el último inciso del art. 149.3 CE no es una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado³⁶.

Como regla general, no es admisible que el Estado elabore Derecho para suplir el incumplimiento normativo autonómico de obligaciones europeas, con carácter preventivo. Sin embargo, el TC admite algunas excepciones, ejemplo de ello lo encontramos en el fundamento jurídico tercero de la ya citada STC 79/1992, de 28 de mayo³⁷.

Así, la evolución de la cláusula de supletoriedad pasa por la STC 15/1989 que señala que la regla de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 de la Constitución no constituye una cláusula universal atributiva de competencias, siguiendo por la STC 147/1991, sobre pesca, que permite su aplicación siempre que la competencia no sea exclusiva de la CCAA, hasta llegar a las SSTC 118/1996 y 61/1997³⁸, que han modificado esta doctrina radicalmente al rechazar la elaboración de normas estatales con carácter supletorio también en las materias competenciales compartidas.

Con respecto a la posibilidad de usar la cláusula de supletoriedad como garantía estatal *a posteriori*, debe significarse que ésta tampoco cabe como facultad estatal normativa con la que reaccionar contra una Comunidad Autónoma infrac-

³⁴ ELIZALDE JALIL, M.A., «La supletoriedad del Derecho estatal en el marco actual del Estado autonómico español», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 115-144; GOIG MARTÍNEZ, J.M., «La supletoriedad como instrumento de garantía en el cumplimiento de funciones constitucionales», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, 2000, pp. 177-202; VILLAR ROJAS, F.J., «La discutida doctrina sobre la supletoriedad del derecho estatal», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2001, pp. 311-324.

³⁵ Véanse: SSTC 5/1981 (FJ23), 15/1989, 62/1990 (FJ10) y 147/1991.

³⁶ Véanse: SSTC 15/1989 (FJ1), 103/1989 (FJ4) Y 79/1992 (FJ3).

³⁷ El TC admite en esta sentencia que el Estado dictara normas de carácter supletorio, siempre que concurren títulos competenciales del Estado y las Comunidades Autónomas, y siempre que sea para garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario ante una posible inactividad de las Autonomías.

³⁸ A pesar de tratarse de Sentencias que analizan el derecho interno, son citadas por los autores haciendo alusión a la supletoriedad en el Derecho de la Unión.



tora de sus obligaciones constitucionales, ya que el recurso jurídico a disposición del Estado es el artículo 155 de la Constitución, según el cual el Gobierno, con la aprobación del Senado, «podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones».

En cuanto a la posibilidad de aplicar supletoriamente el Derecho Estatal cuando existen efectivas lagunas, lo primero que debe tenerse claro es cuándo se produce una de tales «efectivas lagunas». Una inejecución, o ejecución ilegítima, de Derecho europeo por las CCAA, ¿da lugar a auténticas lagunas?

Según Balaguer Callejón³⁹, para constatar la existencia de una laguna, de la que deriva el incumplimiento, debe acudir, en primer lugar, al ordenamiento autonómico, comprobando no sólo la inexistencia de una norma autonómica específica de desarrollo normativo del Derecho de la Unión, sino también la imposibilidad de que otras normas autonómicas puedan satisfacer esa obligación. Esto es así porque, a diferencia de lo que presupone la STC 79/1992, la supletoriedad es una regla vinculada constitucionalmente a las relaciones entre ordenamientos, más que a disposiciones concretas. Lo que está claro es que tendrá que intervenir un órgano jurisdiccional para comprobar la incorrecta incorporación del Derecho de la Unión, bien por inactividad, bien por aplicación defectuosa⁴⁰.

Es posible, por tanto, aplicar supletoriamente el Derecho estatal en caso de laguna, porque la supletoriedad es una regla de aplicación del Derecho dirigida al operador jurídico para que en caso de laguna en los ordenamientos autonómicos utilice las normas estatales para cubrir ese vacío normativo, tal y como establece la STC 147/1991 al afirmar que «la regla de supletoriedad no es una norma competencial, sino ordenadora de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la Constitución».

¿Qué pasaría, entonces, si una CCAA no incorporase una Directiva Europea? En principio, sería responsable el Estado por incumplimiento de Derecho europeo. No obstante, para evitar esto, una parte de la Doctrina considera que el Estado debe garantizar preventivamente la ejecución a través del Derecho supletorio. Así, Muñoz Machado comparte la tesis que el TC mantuvo en la Sentencia 79/1992, aceptando la posibilidad de que se dicten normas supletorias para asegurar el cumplimiento del Derecho de la Unión⁴¹.

³⁹ BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Una reflexión a la luz de la regla de supletoriedad», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 285-305.

⁴⁰ En contra, Alonso García, que diferencia ambas situaciones. En caso de inactividad mantiene la aplicación supletoria sin necesidad de pronunciamiento judicial, en caso de aplicación defectuosa sí es necesaria la intervención judicial.

⁴¹ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Editorial Iustel, Madrid, 2006. Para este autor el uso de la cláusula de supletoriedad para asegurar la aplicación del Derecho de la Unión y su transformación como cláusula de competencia está específicamente habilitada por el artículo 93 de la Constitución. Sin entender dicho precepto como atributivo de competencias generales al Estado en materias que pertenecen a la responsabilidad directa de las Comunidades Autónomas. Simplemente acepta que la aprobación de normas con valor supletorio



La doctrina se encuentra, por lo tanto, enfrentada. Por un lado, algunos autores consideran⁴² que es posible aplicar de manera supletoria el Derecho estatal ante una inexecución por las CCAA del Derecho europeo, siempre y cuando sea para resolver lagunas en Derecho autonómico, tratando así de procurar la auto-integración del Derecho español frente al europeo. Sin embargo, otro sector doctrinal, que aboga por evitar que el Estado sea sancionado a causa de la inactividad o mala actividad de las CCAA, concibe que la cláusula de supletoriedad debe entenderse como una garantía de la ejecución de obligaciones normativas europeas en el ámbito autonómico, postura ésta que parece la más acertada, a la vista de lo indicado anteriormente y ante la evidencia de que no siempre habrá Derecho estatal que resuelva los problemas de lagunas.

VÍAS ALTERNATIVAS

Como en todos los conflictos, la primera vía de aproximación a un problema es el diálogo y la solución basada en el acuerdo para prevenir y, en su caso, subsanar. Sin embargo, en el supuesto de que esta colaboración no se lleve a cabo, para una controversia como la que se analiza, nuestro ordenamiento cuenta con una serie de instrumentos con los que alcanzar tal fin:

- 1º. En el caso de que la norma autonómica fuera contraria a normas de la Unión, la consecuencia inmediata es la inaplicación de la norma autonómica (conforme a la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de efecto directo y primacía) y su sustitución por la norma de la Unión.
- 2º. Debido a la organización territorial española, es posible que la aplicación del Derecho de la Unión por tantas CCAA llevase a resultados dispares en cuanto al régimen de derechos y obligaciones dimanantes de una norma de la Unión; entonces el mecanismo adecuado serían las leyes armonizadoras (art. 150.3.º CE).

Sin embargo, es por todos sabido que este instrumento armonizador tropezó pronto con la experiencia del proyecto de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), y cualquier intento serio de utilizarlo debe tomar como punto de partida la doctrina sentada en la STC 76/1983. El elemento habilitante, que permite dictar Leyes de Armonización, consistente en que «así lo exija el interés general», no parece que sea un obstáculo

no tiene por qué afectar a la eficacia directa de las que dicten dichas Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, asegurando así el cumplimiento de obligaciones supranacionales y evitando que el Estado contraiga responsabilidades.

⁴² SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «La supletoriedad del derecho estatal como garantía en la ejecución del derecho europeo por las comunidades autónomas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, pp. 241-270.



para la utilizabilidad de este instrumento, puesto que el riesgo de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea o la garantía de su cumplimiento permiten apreciar la concurrencia del aludido interés general.

Una de las dificultades que ofrece la utilización de las Leyes de Armonización a los efectos ahora pretendidos radica en el contenido. Éste ha de ceñirse a los «principios» necesarios para armonizar, lo que puede verse como un obstáculo, en particular cuando se trata de incorporar directivas o de aprobar normas complementarias que permitan la aplicación de reglamentos.

La utilización de las Leyes de Armonización encuentra, por último, un obstáculo en la doctrina constitucional sentada en la Sentencia 76/1983, en cuanto configura el artículo 150.3 como una norma de cierre del sistema. En efecto, entiende el TC que solamente cuando el Estado no disponga de un título competencial específico que permita al legislador estatal dictar las normas que se pretenden incluir en la Ley de Armonización, podrá el Estado acudir a este instrumento de cierre del sistema.

- 3º. Como se ha visto al tratar la posible aplicación *a posteriori* del derecho supletorio, el Gobierno cuenta con el recurso del artículo 155 de la Constitución, al poder exigir el cumplimiento forzoso. Para su utilización en relación con el cumplimiento del Derecho de la Unión por las CCAA debe seguirse un procedimiento, y tratarse de incumplimientos constatados judicialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, en su caso, por la jurisdicción ordinaria o por el TC.
- 4º. Cabe plantear la posibilidad de reflexionar sobre la oportunidad de prever constitucionalmente un poder de sustitución del Derecho autonómico en manos del Estado central. Así lo hace Italia, donde la evolución jurisprudencial ha ido hacia el reconocimiento de una competencia regional de ejecución del Derecho europeo y un correlativo poder sustituto del Estado. Entendiendo en un principio la Corte Constitucional Italiana que la ejecución del Derecho de la Unión correspondía únicamente al Estado, para más tarde reconocer que las regiones pudieran ejecutar las normas europeas aprobadas en materias de su competencia, siempre y cuando el Estado dispusiera de mecanismos para garantizar la observancia del Derecho europeo en el ámbito interno y, en particular: la supletoriedad de la normativa estatal y el poder de sustitución en caso de inactividad regional.
- 5º. Finalmente, como ya vimos, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece, en su Disposición Adicional Segunda, el principio de responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario. Esta disposición establece que las Administraciones Públicas y cualesquiera otras entidades integrantes del sector público que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas del Derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento. No sabemos el alcance que tendrá esta disposición, y si será una auténtica vía subsidiaria, pero es una muestra de que el problema está latente.



Para Mangas Martín⁴³, el sistema de control del cumplimiento del Derecho de la Unión por las CCAA no necesita de medios específicos y puede servirse de los mecanismos que, con carácter general, prevé la Constitución. Sin embargo, si efectivamente los mecanismos existentes fueran suficientes para controlar el cumplimiento del Derecho de la Unión por las CCAA, no tendría sentido que existiesen tantos conflictos ante los Tribunales ni tantas sanciones a España por parte de la Unión Europea. La profusión de tales situaciones pone de manifiesto que los mecanismos existentes no son, por desgracia, suficientes para resolver los problemas planteados, por lo que se hace necesario formular nuevos instrumentos que coadyuven en la consecución de tales objetivos.

CONCLUSIONES

- *Mecanismos insuficientes para garantizar la correcta transposición del Derecho de la Unión Europea.* Como hemos demostrado en las páginas que preceden, las diferentes vías utilizadas por el Estado para asegurar el Derecho de la Unión han sido rechazadas por el TC con la finalidad de salvaguardar el principio de no alteración de distribución de competencias.
- *Problema de Derecho interno.* El problema no radica en el Derecho de la Unión, al no tomar en consideración la compleja estructura territorial de sus Estados miembros. Muestra de ello es que esta problemática es inexistente en Italia, con las regiones, y en Alemania, con los Länder⁴⁴. Por el contrario, estamos ante un problema de Derecho interno, debido a que en la distribución constitucional no hay previsiones específicas para incorporar y ejecutar normas europeas.
- *Necesidad imperiosa de buscar mecanismos efectivos.* Dado los numerosos recursos de incumplimiento interpuestos al Estado español y las cuantiosas sanciones soportadas por este hecho, se hace necesario buscar mecanismos que garanticen el cumplimiento efectivo del Derecho Europeo.
- *La hora de las Leyes de Armonización.* Aparentemente, es la vía más adecuada, sin embargo, tal como hemos visto, su uso está sometido a una serie de limitaciones expuestas por el TC en la Sentencia 76/1983. Si se tiene en cuenta la fecha de esa Sentencia (1983), es explicable que el instrumento quedara desplazado por unas competencias reservadas al Estado, cuyo alcance y fuerza expansiva estaban todavía pendientes de precisar. No obstante, las circunstancias han cambiado. Hemos de plantearnos si ha llegado el momento de las Leyes de Armonización para garantizar la armonización

⁴³ EN MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2007.

⁴⁴ Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 15 de diciembre de 2010.



legislativa exigida por el Derecho de la Unión en todo el territorio nacional mediante un único instrumento.

- *La polémica aplicación de la supletoriedad del Derecho estatal.* La utilización de este mecanismo pasa por admitir que existen dos ideas de supletoriedad diferentes dependiendo de la naturaleza comunitaria o no de la norma. Aplicaríamos, por un lado, en supuestos de Derecho interno, la doctrina establecida por el TC en la Sentencia 61/1997, que rechaza la elaboración de normas estatales con carácter supletorio y, por otro lado, cuando se trate de normas comunitarias, lo establecido en la STC 79/1992. Como hemos visto, esta sentencia admite que el Estado dicte normas de carácter supletorio, siempre que concurran títulos competenciales del Estado y las Comunidades Autónomas, y siempre que sea para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea ante una posible inactividad de las Autonomías.
- *¿Reforma de la Constitución?* Se trata de la medida más garantista y a su vez la más gravosa. El propósito sería incluir una mención genérica a la responsabilidad de las CCAA por sus incumplimientos del Derecho de la Unión sin modificar el sistema de distribución de competencias.
- *La solución es factible.* Nos encontramos ante un problema que tiene diferentes soluciones técnicas. Sin embargo, las razones por las que estas medidas no se llevan a cabo escapan del análisis estrictamente jurídico.

Recibido: 17-12-2012. Aceptado: 05-02-2013.



REVISORES

María Dolores ADAM MUÑOZ (Universidad de Córdoba)
Antonio CAYÓN GALIARDO (Universidad Complutense de Madrid)
María del Pilar DIAGO DIAGO (Universidad de Zaragoza)
María José FERNÁNDEZ PAVÉS (Universidad de Granada)
Gabriel GARCÍA CANTERO (Universidad de Zaragoza)
Pedro GONZÁLEZ DE LA FE (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Andrés GONZÁLEZ SANFIEL (Universidad de La Laguna)
Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA (Universidad de La Laguna)
Mar JIMENO BULNES (Universidad de Burgos)
Arantza LIBANO BERISTAIN (Universidad Autónoma de Barcelona)
José Luis LINARES PINEDA (Universidad de Girona)
José María MIQUEL GONZÁLEZ (Universidad Autónoma de Madrid)
Cristóbal MOLINA NAVARRETE (Universidad de Jaén)
Javier PLAZA PENADÉS (Universidad de Valencia)
Encarnación RICART MARTÍ (Universidad Rovira y Virgili de Tarragona)
Gloria Pilar ROJAS RIVERO (Universidad de La Laguna)
Eloy RUILOBA GARCÍA (Universidad de Málaga)
Gumersindo RUIZ BRAVO DE MANSILLA (Universidad de Málaga)
Ambrosio SAMPERE FLORES (Universidad de Murcia)
María Elena SÁNCHEZ JORDÁN (Universidad de La Laguna)
José Luis SÁNCHEZ-PARODI PASCUA (Universidad de La Laguna)
José María SOUVIRÓN MORENILLA (Universidad de Málaga)
José SUAY RINCÓN (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
José Manuel VENTURA VENTURA (Universidad de La Rioja)
Pedro YANES YANES (Universidad de La Laguna)

INFORME DEL PROCESO EDITORIAL DE *ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO* DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA 29, 2012

El equipo de dirección se reunió a finales de mayo de 2012 y a mediados de diciembre de 2012 para tomar decisiones sobre el proceso editorial del número 29 de *AFDULL*. El tiempo medio transcurrido desde la recepción, evaluación, aceptación y edición e impresión final de los trabajos fue de diez meses.

Estadística:

Nº. de trabajos recibidos: 9.

Nº. de trabajos aceptados para publicación: 8 (88,88%). Rechazados: 1 (11,11%).

Media de revisores por trabajo: 1,5.

Media de tiempo entre envío y aceptación: 3 meses.

Media de tiempo entre aceptación y publicación: 4 meses.

Los revisores varían en cada número, en atención al tema de los trabajos presentados.

NORMAS DE SELECCIÓN DE ORIGINALES PARA SU PUBLICACIÓN EN LOS ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA ULL

(Aprobadas en la sesión de la Junta de la Facultad de Derecho de 28 de octubre de 2011)

PRIMERA.- La Revista se publica en un volumen anual. Los trabajos que se presenten al proceso de selección para su publicación deberán cumplir las siguientes normas:

- a) *Plazo y forma de presentación.* Se enviarán, antes del 20 de febrero de cada año, exclusivamente por correo electrónico a la siguiente dirección: analesderecho@ull.es. Este plazo podrá ser ampliado si el equipo directivo lo considera procedente.
- b) *Autores.* Sólo podrán presentar trabajos en la Revista titulados universitarios. Los autores deberán identificar su categoría académica y/o profesional, así como cuál es la institución a la que pertenecen.
- c) *Temática.* Los trabajos deben ser investigaciones de contenido jurídico. Excepcionalmente y de manera subsidiaria podrán incluirse trabajos de materias afines si los miembros del Consejo de Redacción asistentes unánimemente así lo consideran.
- d) *Estructura y formato de los trabajos.* Los trabajos no deben exceder de los 60.000 caracteres con espacios (unas 20 páginas) y tendrán: un título (en español e inglés), como mínimo tres palabras clave (en español e inglés), un resumen (en español e inglés). No deberá incluirse ni sumario ni bibliografía final.

El formato del texto principal es *Times New Roman*, a espacio y medio, tamaño de letra 12; y para las notas a pie de página es *Times New Roman*, a un espacio y con tamaño de letra 10. Las normas para las citas son las siguientes:

A) *Artículos de revistas.*

SAAVEDRA RUÍZ, J., «La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 1994, p. 13 y ss.

RAMS ALBESA, J. «Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, § 806, pp. 1075 a 1083.

B) *Libros/monografías.*

ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1997.

DÍEZ DE CASTRO, E. y LANDA BERCEBAL, F.J., *Merchandising*, Editorial Pirámide, Madrid, 1998.

- e) *Idioma.* Los trabajos deberán estar escritos en lengua española, si bien el título, las palabras clave y el *abstract* deberán *presentarse* en español e inglés. Como excepción, y si lo acuerda el Consejo de Redacción, se podrán publicar trabajos en lengua diferente a la española siempre que sean de especial relevancia.
- f) *Originalidad de los trabajos.* Todos deben ser inéditos y no deben estar pendientes de publicación en otra Revista o libro.

SEGUNDA.- La presentación de un trabajo en la Revista Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna conlleva la aceptación y el conocimiento de las siguientes normas por parte de los autores:

- 1.- Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción, así como que consientan su inclusión en bases de datos, catálogos, bibliotecas, índices o servidores que permitan la mayor difusión de las investigaciones. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.
- 2.- De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. La publicación de los diferentes artículos no implica adhesión ni conformidad de la Revista con las opiniones mantenidas por los autores.

TERCERA.- Recibidos los trabajos, se enviará un e-mail a sus autores dándoles acuse de recibo.

CUARTA.- El Director/a o el Subdirector/a, en su caso, nombrará a uno o dos evaluadores, preferiblemente externos, por cada uno de los originales presentados, según la materia sobre la que versen los mismos, para que informen en el plazo que se establezca sobre la conveniencia de su publicación. La evaluación será anónima en todo momento, de manera que los autores no conocerán quién evaluó su trabajo ni el evaluador conocerá quién es el autor.

QUINTA.- Pese a ser la evaluación anónima, en el caso de concurrir causa de abstención en alguno de los miembros propuestos o cuando éste lo proponga de manera motivada, se podrá designar a otro/s evaluador/es experto/s en la materia que se evalúa.

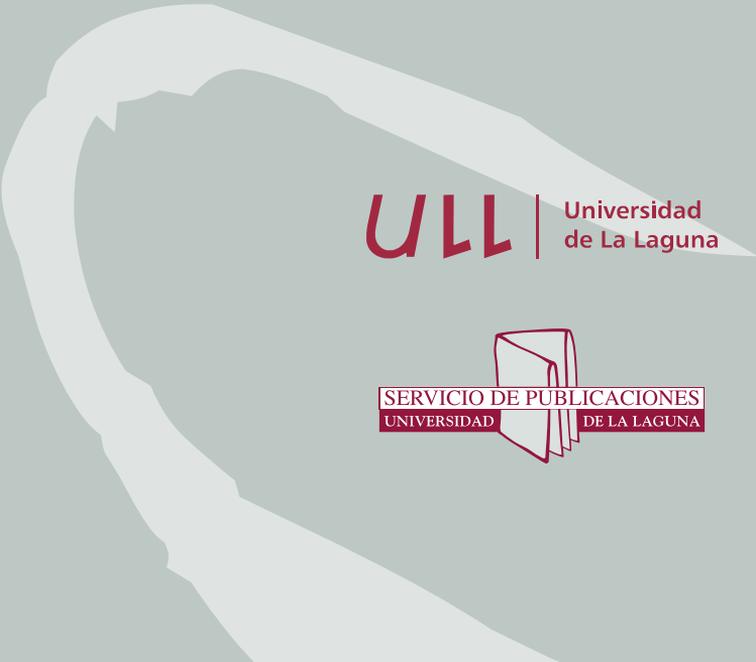
SEXTA.- El Secretario/a enviará vía e-mail a los evaluadores nombrados los originales de los trabajos para su valoración, sin que consten los datos del autor, así como una tabla para que lleven a cabo la evaluación del trabajo. Ésta podrá ser: a) totalmente favorable; b) favorable con propuestas de modificación; y c) desfavorable.

SÉPTIMA.- Cada evaluador remitirá su informe por correo electrónico a la dirección de la Revista. La evaluación tendrá en cuenta los siguientes criterios: la calidad y rigor de los argumentos presentados; la oportunidad y relevancia del artículo; la creatividad, metodología, propuestas y aportaciones; así como la adecuación a las normas de publicación. Los informes tendrán carácter confidencial y reservado.

OCTAVA.- Una vez transcurrido el plazo para presentar los informes de evaluación, se reunirá el Consejo de Redacción al que se dará cuenta del punto en el que se encuentra el proceso, llevándose a cabo la valoración del resultado de las evaluaciones. Cuando exista contradicción entre los informes emitidos, el Consejo de Redacción designará a un tercer experto en la materia, para que proceda a una nueva evaluación.

NOVENA.- Se trasladará al autor el resultado de la evaluación y, en su caso, las modificaciones sugeridas por los expertos, con la advertencia de que el Consejo de Redacción se reserva el derecho a no publicar el original presentado cuando no se observaren las modificaciones propuestas por los expertos.

DÉCIMA.- Cuando algún miembro del Consejo de Redacción fuere autor del original presentado deberá ausentarse de las votaciones.



ULL | Universidad
de La Laguna

