

Abogados del Estado

Año X, Número 35 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN



Homenaje a los compañeros jubilados en la tradicional cena de la Asociación



Entrevista a nuestro compañero Severo Bueno de Sitjar de Togores

Pág. 8



Oposiciones a la Abogacía del Estado: un análisis estadístico

Pág. 14



www.asoc-abogadosdelestado.es
www.abogadosdelestado.com.es
www.abogadosdelestado.com

Una página web al servicio del Cuerpo de Abogados del Estado y de todos los miembros de nuestra Asociación, donde podrán encontrar noticias, espacios de actualidad y entrevistas a personajes de interés, así como un área privada donde los miembros de la Asociación podemos consultar información específica, localizar a compañeros y descargar los ejemplares de nuestra revista.

- Actualidad y noticias.
- Cursos y eventos
- Prensa del día
- Enlaces a webs de carácter jurídico y de interés.
- Acceso a ejemplares de la revista de la Asociación.
- Datos de contacto de nuestros miembros.
- Información y noticias específicas de nuestra Asociación.

Llevamos varias legislaturas en donde se nos habla del derecho de los ciudadanos a conocer la “verdad” con distintas formas y expresiones. De igual modo, llevamos ese mismo tiempo en el que se nos habla de la necesidad de actuar con prudencia, hasta con sigilo para que podamos recuperar la “confianza”; se nos dice que hay cosas que es mejor no contar para no provocar alarmas innecesarias.

Verdad y confianza aparecen entonces de manera contrapuesta, como si de la verdad se pudiera conseguir generar desconfianza o como si de no contarla o ser prudentes en ello se derivara inmediata confianza.

En este punto cabe traer a colación lo que en hebreo significa la palabra “*emunah*”. Para los hebreos la verdad (“*emunah*”), es ante todo la seguridad o la confianza; verdadero es lo que es fiel a sí mismo y por eso digno de confianza porque da seguridad. En la filosofía clásica griega, la verdad es concebida como *ἀλήθεια* o descubrimiento del ser que se encuentra oculto por el velo de la apariencia. Por supuesto, existen infinidad de teorías filosóficas posteriores sobre esto de la “verdad”, una de las más extendidas es la de la correspondencia. Según esta teoría, la verdad consiste en una relación de adecuación o concordancia entre el entendimiento que conoce y lo real conocido como realidad.

Lo cierto es que yo me quedo quizá con la definición dirigida hacia la consecuencia de la verdad y no con aquéllas que pretenden definirla como fin en sí misma. La verdad es lo que genera seguridad y confianza porque es fiel a sí misma, a la realidad.

Pidiendo ya disculpas por la diatriba filosófica, la finalidad de estas breves líneas no es otra que decir que sin verdad no hay confianza, no hay seguridad. La duda sobre si se conoce en parte la verdad simplemente genera desconfianza, esto siempre ha sido así y nunca ha sido ni será de otra manera. Lo que debe generar confianza no son los gobiernos sino los Estados y esto sólo se logra si mostramos a los Estados bajo el prisma de la verdad que no es otra cosa que su realidad y de conseguir esto sí son responsables los gobiernos.

Los bailes de cifras, de imputación de responsabilidades por nefastas gestiones o la negación de la realidad contando con prudencia medias verdades, no permite nunca generar confianza ni en los Estados ni en los ciudadanos que los componen. La confianza es más que nada una creencia que permite estimar lo que una persona será capaz de hacer de una determinada manera frente a una situación dada, pero si no conocemos esta situación, si no conocemos la realidad, no existe opción alguna de generar confianza y por tanto, la menos mala de las consecuencias será que los ciudadanos, los trabajadores, las empresas, etcétera, no hagan nada y del inmovilismo ya se sabe lo que dicen: no va a ninguna parte.

Verdad, confianza y movimiento; y en ese orden, por favor. ■



Staff

Edita

Asociación de Abogados del Estado

C/ Ayala, nº 5 – 28001 Madrid

Teléfonos: 913 904 717 – 915 780 173

Fax: 913 904 740

Consejo Editorial

Jorge Pipaón

Edmundo Bal

Julio Díez

Jesús López-Medel

Catalina Miñarro

José Ignacio Monedero

Alfredo Parra

Federico J. Ramos

Ignacio Ruiz

Tomás Suárez-Inclán

Dirección y Diseño Gráfico

Art Factory Comunicación S.L.

C/ Torquemada 16 4º. 28043 Madrid

www.artfactory.es

artfactory@artfactory.es

Fotografías

www.congreso.es

www.lamoncloa.gob.es

www.mju.es

www.commonswikimedia.org

Coordinador técnico

Luis Soriano

fotocomposicion@ibernet.com

Imprenta y distribución

Gráficas Cañizares

C/ Coto de Doñana, 9

Área Empresarial Andalucía - Sector 2

28320 Pinto (Madrid)

Teléfonos: 914 156 886 / 914 151 864

composicion@canizares.com

Depósito Legal: M-21263-2003

Abogados del Estado. Revista de la Asociación es una publicación de distribución privada y gratuita entre los socios de la Asociación de Abogados del Estado y todas aquellas personas que su Consejo Editorial estime conveniente.

Esta revista no se hace responsable de las opiniones vertidas por sus colaboradores en las entrevistas y artículos publicados, ni se identifica necesariamente con las mismas.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de cualquier información gráfica o literaria, sin autorización previa del Consejo Editorial o el director.

Sumario

Crónica

Cena de la Asociación.....	6
Breves	23

Entrevista

Severo Bueno de Sitjar de Tógares.....	8
Henri de Richemont	16

Opinión

Nuestras oposiciones: un análisis estadístico	14
Gasto y morosidad en la administración: Que nadie piense que esto ha sido normal	18

Libros

Actuaciones y procedimientos de gestión tributaria	22
La cruzada antibacato vista por los infieles	22

Cultura

Paraíso en Obras: Cuentos Adultos	24
-----------------------------------------	----

Solidaridad

Sembrando salud: asistencia sanitaria en la Amazonia	26
------------------------------------------------------------	----

Cuadernillo jurídico

Juan José Zabala Guadalupe <i>Reflexiones sobre el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles</i>	2
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Catalina Salazar Rasero <i>Jurisdicción arbitral versus jurisdicción contencioso-administrativa en derecho del deporte: un supuesto de hurto de jurisdicción</i>	16
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Luis Vacas Chalfoun <i>La responsabilidad civil subsidiaria ex delicto de los titulares de establecimientos: doctrina general y aplicación a los entes públicos</i>	26
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

EL MISTERIOSO CASO DE LAS FACTURAS MENGUANTES

Tus facturas mensuales se reducen. Tu nómina parece que se estira.

NUEVA CUENTA NÓMINA

EL ESTIRÓN

6% de descuento

en los recibos del hogar el primer año, para nuevos clientes¹. Benefíciate de una bonificación de hasta 42 euros cada mes.

Además, sin comisiones de administración y mantenimiento, con las tarjetas VISA y 4B MasterCard gratis y con un adelanto de la nómina de hasta 1.800 euros², sin ningún gasto.

¹ El resto de años te podrás beneficiar del 2% de descuento de los recibos del hogar (hasta 14 euros cada mes).

Se consideran recibos del hogar; teléfono fijo, móvil, Internet, gas, luz y comunidad de propietarios.

² Sujeto a los análisis de riesgo de los clientes.



grupobancopopular.es



grupobancopopular.mobi



902 301 000

 BANCO
POPULAR

Cena de la Asociación



Durante la jornada por la que homenajeábamos a nuestros compañeros jubilados se solapó la presentación del sello de correos dedicado al Cuerpo de Abogados del Estado. La presentación de este sello fue realizada por el Presidente de la Sociedad Correos y Telégrafos el cual valoró muy positivamente la labor de los Abogados del Estado en la entidad y desde aquí cabe agradecer a esta entidad y a su nuevo Presidente que esta confianza se siga demostrando día a día. A continuación, participó en esta presentación Don Mario Garcés, Subsecretario del Ministerio de Fomento que, en un amable discurso, reconoció su condición de “*Abogado del Estado frustrado*” a lo cual debemos contestar con la evidencia de que a cambio se ganó un excelente Interventor e Inspector de Hacienda y al que deseamos toda la suerte que el trabajo y la dedicación que aplica en su actual responsabilidad merece. Nuestro compañero Jesús Moreno Vivas, actual Secretario General de la entidad, dirigió al público presente unas emotivas palabras sobre lo que implicaba después de doce años de relación con la entidad la presentación de este sello y lo relevante que es y ha sido su condición de Abogado del Estado en los diferentes aspectos de su vida –algo que muchos de los que ahora lean estas líneas compartirán–. Como cierre, nuestra Abogado General del Estado, describió la insignia del cuerpo de Abogados

del Estado que integra el sello y destacó el papel de la Abogacía del Estado en la entidad Correos y Telégrafos.

Seguidamente comenzó el cóctel de recepción, en donde los compañeros jubilados, excedentes, en activo o en servicios especiales pudimos saludarnos, volver a vernos, ponernos al día y como siempre, discutir acerca de todo aquello que afecta al Cuerpo de Abogados del Estado. Comenzó la cena, en las mesas se intercalaban las conversaciones entre

“Esta ‘cena de homenaje’ se ha convertido ya en una tradición consolidada”

compañeros de manera animada hasta que, como ya es tradicional, se dio paso a los discursos de cierre del Presidente de la Asociación de Abogados del Estado, de uno de los compañeros jubilados –Enrique Medina–, y de la Abogado General del Estado.

El Presidente, tal y como ya nos tiene acostumbrados, “cantó” el currículo de cada uno de los homenajeados, todos ellos brillantes y ante todo, ejemplo de servicio y profesionalidad; se dedicó

un especial recuerdo a Francisco Escat Cortés, compañero fallecido a la temprana edad de cuarenta y tres años de manera inesperada además de recordar al resto de compañeros fallecidos. Nuestro compañero Enrique Medina dedicó al foro un discurso emotivo, sereno y brillante, como ha sido y sigue siendo su vida profesional y con expresa mención a su esposa –todos debemos mucho a nuestras esposas y maridos, sobre todo paciencia–. La Abogado General cerró esta tanda de discursos con igual brillantez que sus predecesores, destacándose las virtudes y cualidades ganadas a golpe de trabajo por el Cuerpo de Abogados del Estado del cual ella es directamente sucesora y de nuevo haciendo expresa mención a cada uno de nuestros compañeros jubilados a los que invitaba a disfrutar de ese “júbilo” tan bien ganado.

Esta celebración sirvió para ponernos al día, recargar energías y conocernos más. No creo que haya en muchos sitios ni lugares tanto talento concentrado contrastado en una vida profesional en tan poco espacio una vez al año. El poder compartir unas horas con tantos profesionales destacados, que son ante todo compañeros, es una tremenda satisfacción y desde luego, esta “cena de homenaje” se ha convertido ya en una tradición consolidada y absolutamente imprescindible como elemento de unión del Cuerpo de Abogados del Estado. ■



Severo Bueno de Sitjar de Togores

“En Cataluña, el deseo de una educación bilingüe para sus propios hijos, es mayoritario entre los padres”

“El pasado 31 de mayo, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJC) ha considerado que el castellano debe ser, junto con el catalán, lengua vehicular en Cataluña y ha reconocido el derecho de cuatro familias a que sus hijos sean escolarizados en esta lengua”

Severo Bueno de Sitjar de Togores pertenece al Cuerpo de Abogados del Estado desde 1996, y ha ejercido como tal en todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo, social, militar y contable). Ha dirigido la Abogacía del Estado de Barcelona durante 7 años (2000-2007), coordinando la labor de 18 Abogados del Estado y más de 40 Letrados Habilitados. Ha sido vocal de los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa y miembro de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias de Barcelona y Tarragona. Ha asesorado a los diversos órganos de la Administración General del Estado, la AEAT Organismos y Entidades Públicas y Sociedades Estatales. También ha desempeñado la Secretaría del Consejo de Administración de la Sociedad Estatal Depuradora del Baix Llobregat, desde 2002 hasta 2008. Ha publicado diversos libros como *Casos prácticos de la oposición de Abogados del Estado* (M^o de Justicia, 2005, VVAA), *Manual del Sector de Hidrocarburos* (Aranzadi, 2008, VVAA), *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (Aranzadi, 2008, VVAA).

El pasado 31 de mayo, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJC) ha considerado que el castellano debe ser, junto con el catalán, lengua vehicular en Cataluña y ha reconocido el derecho

de cuatro familias a que sus hijos sean escolarizados en esta lengua. La sección quinta de la Sala de lo Contencioso del TSJC ha estimado parcialmente los recursos presentados por cuatro familias que reclamaron a Educación que el castellano sea lengua vehicular en la enseñanza de sus hijos. Según el fallo, el TSJC considera que tanto el castellano como el catalán deben ser lenguas vehiculares en el sistema educativo de Cataluña, de manera que la administración adoptará las medidas necesarias para garantizarlo, y basa su decisión en las recientes sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en diciembre de 2010 y mayo de 2011. La Sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS ha estimado parcialmente un recurso de casación, y ha anulado seis apartados del Decreto regulador de la Educación Infantil de Cataluña relativos a la cuestión lingüística, por no establecer también la enseñanza en castellano.

Pregunta. Sr. Bueno, le agradeceríamos que nos relatase brevemente cual ha sido la experiencia personal en relación al proceso de inmersión lingüística en Cataluña, y qué motivos le llevaron a iniciar este proceso judicial.

Respuesta. Permítame una curiosidad histórica que quizás pocos conozcan, la posibilidad de cursar una asignatura voluntaria de catalán, se introdujo en



1974, con el Abogado del Estado Cruz Martínez de Esteruelas como Ministro de Educación.

En cuanto a mí, viví como estudiante la introducción generalizada del catalán como asignatura en 1978. Forman parte de mis entrañables recuerdos de juventud, el canto del *Virolai* y el poema *La Vaca cega*. Posteriormente, justo cuando yo terminé mis estudios, se inició la progresiva utilización del catalán como lengua vehicular. Durante un tiempo, ambas lenguas convivieron en régimen de igualdad.

El objetivo legítimo era la normalización lingüística, que en palabras del Tribunal Constitucional, consistía en evitar la “*situación de precariedad del catalán*” y excluir “*que ocupe una posición marginal o secundaria*”. Y este objetivo ya se ha conseguido, pues las estadísticas de la propia Comunidad Autónoma acreditan que el 97% de la población adulta entiende el catalán y el 45% lo tiene como lengua habitual.

Ahora, al escolarizar a mis hijos, el sistema de enseñanza vuelve a afectarme directamente. Pero aquel sistema bilingüe de los inicios, ha desaparecido. La realidad actual, es que se ha privado de normalidad a la enseñanza en castellano, ocasionando un deficiente aprendizaje del castellano a todos los alumnos,

y dificultando el éxito escolar de los castellano hablantes.

Como padre, esta situación me parece inadmisibles. Pero además, como jurista, ciudadano, español y catalán, la considero ilegal, abusiva, entristecedora y sumamente perjudicial.

P. Actualmente, en torno a 500 familias han reclamado oficialmente la enseñanza bilingüe para sus hijos. ¿Se está debilitando realmente el aprendizaje del castellano en Cataluña?

R. La Administración autonómica considera necesario dedicar 23 horas de clase semanales desde los 2 años hasta los 18 años para aprender el catalán. No es comprensible porque en cambio para el castellano, basten 2 horas semanales y desde los 6 años.

Lo ideal sería establecer los mínimos que objetivamente fueren necesarios para el correcto aprendizaje de ambas lenguas, que por pura lógica deberían ser iguales. Y en el resto del horario se debería dejar libertad, para que se hiciera lo que los padres prefirieran. Creo que la administración educativa debería confiar más en la capacidad de los catalanes para tomar decisiones.

El resultado del sistema actual, es que el nivel de castellano en algunos sec-

“ Lo ideal sería establecer los mínimos que objetivamente fueren necesarios para el correcto aprendizaje de ambas lenguas, que por pura lógica deberían ser iguales ”



tores de población es muy bajo. La Administración autonómica afirma que diversos exámenes oficiales demuestran un nivel de conocimiento del castellano en Cataluña, similar al del resto de España. Pero el nivel de las pruebas de castellano de la selectividad en Cataluña produce hilaridad. En el del año 2011 una de las preguntas era “¿Cuál de estas palabras pertenece a un campo semántico distinto a las demás: codiciar, comentar, contestar, charlar, expresar?”. Este es un ejemplo de la fiabilidad del examen para el ingreso en la Universidad en Cataluña.

Es ya muy frecuente, que cualquier persona que tenga que dar una charla o discurso, si por la razón que sea lo va a hacer en castellano, comience excusándose por sus dificultades de expresión. Lo peor no sé si es, que tengan bajo nivel de castellano, o que no tengan ningún rubor en reconocerlo. O quizás lo peor sea que todavía haya quien no percibe sus propias limitaciones de expresión en castellano, y acepta incluso la portavocía de algún relevante órgano colegiado.

En Cataluña, el deseo de una educación bilingüe para sus propios hijos, es mayoritario entre los padres. Subrayo ‘para sus propios hijos’, porque quizás para los hijos de los demás, algunos padres prefieren otro sistema

P. Tras la reciente sentencia del TSJC, usted ha interpuesto una demanda por la vía contencioso-administrativa para recibir una compensación por los daños y perjuicios ocasionados al haber impedido el derecho de su hija a recibir la educación también en castellano. ¿Tiene constancia de la intención de otras familias en su misma situación de optar por esta nueva vía de reclamación?

R. Me ha sorprendido el extraordinario interés que ha despertado. Supongo que porque puede significar la curación simultánea de la mudez de los perjudicados y la sordera de la Administración.

P. ¿Se puede compensar económicamente el hecho de que su hija no haya podido usar su lengua materna en la escuela?

R. La compensación plena nunca será posible. Desgraciadamente, en nuestra normativa, no existe otro remedio que la indemnización económica.

Al tratarse de una sentencia sobre una norma reglamentaria, automáticamente generaliza el beneficio para todos los alumnos. Además la STS remarca con mucha claridad que no tiene que hacer falta solicitar la enseñanza en castellano

Hay que tener en cuenta, que el perjuicio es triple: el primero es el puro dato objetivo de la no prestación de un servicio público consistente en las horas de clase en castellano perdidas. Aquí el perjuicio es fácilmente cuantificable por comparación con servicios similares de clases colectivas de castellano en academias.

Pero existen otros dos perjuicios adicionales para los castellanohablantes, que son: el retraso en el aprendizaje y el sobreesfuerzo innecesario que se les obliga a realizar. Aunque reconozco que estos dos últimos perjuicios son más difíciles de cuantificar, me parecen evidentes (si yo me voy a Galicia a estudiar en gallego, tendré que emplear más tiempo que mis compañeros para entender las asignaturas, y aun así, no llegaré a comprender la materia igual que ellos).

Por otra parte, tampoco estaría de más, que los responsables de la administración educativa autonómica pidieran disculpas públicas por el perjuicio ocasionado, y pusieran los medios para evitarlo en el futuro.

P. ¿Cree que la inmersión lingüística ha perjudicado el aprendizaje de su hija? En caso de respuesta afirmativa, ¿en qué lo ha notado usted como padre?

R. Por ejemplo en la lectoescritura (antiguamente leer y escribir). Es fundamental que cada niño aprenda a leer las sílabas, palabras y frases en su propio idioma, pues es mucho más rápido. Una vez han aprendido a leer en su idioma, les resulta también muy fácil aprender a leer en un segundo idioma.

Por el contrario, a los castellanohablantes a quienes aplica la inmersión, se les

enseña a leer en un idioma que no es el suyo, por lo que ni aprenden el idioma, ni aprenden a leer.

Yo he participado de los dos sistemas y el segundo ocasiona casi dos años de retraso y necesita un gran esfuerzo complementario de la familia. El resultado es que se aprende a leer en castellano más tarde, como era previsible, pero paradójicamente, también se aprende a leer en catalán más tarde que con el otro sistema. Es perjudicial, hasta para el aprendizaje del catalán.

Y no es sólo eso, en etapas posteriores, el hecho de recibir la enseñanza sólo en una lengua, la que dominan la mitad de los alumnos, coloca a éstos en una posición de privilegio, mientras que al resto les añade una dificultad. Y los que de éstos últimos tengan menor capacidad o no puedan recibir ayuda familiar (por razón

de los horarios de trabajo, falta de formación, o por otras causas), están abocados a una mayor tasa de fracaso escolar.

P. ¿Espera que estas sentencias abran la puerta a que otros padres exijan judicialmente la aplicación del bilingüismo en los colegios en los que estén matriculados sus hijos?

R. En Cataluña, el deseo de una educación bilingüe para sus propios hijos, es mayoritario entre los padres. Subrayo “para sus propios hijos”, porque quizás para los hijos de los demás, algunos padres prefieren otro sistema. Buen ejemplo de ello, son los dos últimos presidentes de la Comunidad Autónoma.

Esa realidad saldría a la luz, si la Administración autonómica cumpliera las sentencias que le obligan a incluir en el impreso de prematriculación, una casilla



“La supuesta legalidad de la inmersión lingüística forzosa en catalán, ha sido desvirtuada por infinidad de sentencias, que afirman que el castellano ha de ser materia de estudio y lengua vehicular en una proporción importante”



para optar por las lenguas de enseñanza. Es encomiable que el impreso permita optar por la enseñanza de la religión evangélica, judía, etc, pero sorprende que no permita incorporar a la enseñanza, la lengua de la mitad de la población de Cataluña.

P. ¿Considera que el goteo de sentencias (TSJC, TS, TC) que establecen que el castellano no puede excluirse como lengua vehicular de la educación en Cataluña puede suponer de hecho la invalidación del actual sistema de inmersión lingüística obligatoria?

R. Seguramente, si reclama un padre en cada Centro, ocurrirá así. Pero no es de recibo que la Administración incurra en un incumplimiento general de sus obligaciones, y que ocasione a sus ciudadanos el trastorno de accionar judicialmente.

P. ¿Qué efecto produce la reciente sentencia del TS que anula diversos artículos del Reglamento de Educación Infantil de Cataluña?

R. Al tratarse de una sentencia sobre una norma reglamentaria, automáticamente generaliza el beneficio para todos los alumnos. Además la STS remarca con mucha claridad que no tiene que hacer falta solicitar la enseñanza en castellano.

Pero además, es demoledora por la claridad de su argumento principal: Los reglamentos tienen como misión que se lleve a la práctica el sistema bilingüe establecido en la legislación vigente. Y dicha legislación es el Estatuto de 2006 (reinterpretado directamente por la STC 31/2010 para salvar su validez) y la Ley de Educación de Cataluña de 2009 (a la cual le resulta aplicable la interpretación de la STC 31/2010, en aplicación del art. 5.1 de la LOPJ).

P. ¿La Consejera de Educación afirma que la anulación es irrelevante, porque los mismos preceptos ya están recogidos en la vigente Ley de Educación de Cataluña? ¿Está de acuerdo?

R. Esa afirmación no tiene ningún fundamento, y supone desconocer el art. 5.1 de la LOPJ. Si la tesis de la Consejera fuera cierta, un Parlamento autonómico podría aprobar cada año una Ley con el mismo contenido inconstitucional, y aunque el TC las fuera declarando inconstitucionales, siempre estarían vigentes las últimas en aprobarse, perpetuando un fraude constitucional.

Pero además, esa tesis viene rebatida no sólo por las últimas 4 sentencias del TSJ de Cataluña, sino por la propia

STS, las cuales afirman que los preceptos de la Ley de Educación de Cataluña, deben ser aplicados conforme a la interpretación efectuada por el TC en su STC 31/2010, que establece que ambas lenguas deben ser vehiculares en una proporción importante.

P. En este sentido, desde la Consejería de Justicia de la Generalitat se defiende la legalidad de la inmersión lingüística obligatoria, y se habla de una posible “ofensiva judicial” contra el catalán, ¿qué opinión le merece tal afirmación?

R. No hay ninguna acción más anticatalana que la que consigue a la vez, limitar los derechos de los catalanes, y hundir nuestra reputación en el resto de España y de Europa.

En cuanto a la supuesta legalidad de la inmersión lingüística forzosa en catalán, ha sido desvirtuada por infinidad de sentencias, que afirman que el castellano ha de ser materia de estudio y lengua vehicular en una proporción importante.

No obstante, he de reconocer que esa afirmación incierta, está siendo repetida tantas veces, que ya debe estar a punto de transformarse en verdad.



“La solución es una Ley Orgánica que regule con detalle, en las comunidades con lengua propia, el derecho a elegir la lengua vehicular de la enseñanza, garantizando unos mínimos iguales para las diversas lenguas oficiales”

Desde una perspectiva histórica y económica, la imposición lingüística es una medida proteccionista que a corto plazo puede reservar algunos empleos para los trabajadores locales. Pero esa especie de medida de efecto equivalente, figura conocida en el Derecho Comunitario Europeo del siglo XX, desgraciadamente nos puede devolver al siglo XV.

En efecto, la espiral de redescubrimiento de las esencias, va a resucitar a los *payeses de remença* (catalanes que no podían abandonar sus tierras y que perduraron hasta 1486). Y a este paso, Cataluña será una sociedad de nuevos *payeses de remença*, poco preparados para encontrar trabajo, comerciar o relacionarse fuera de su tierra.

P. ¿Considera que el criterio de atención individualizada a los hijos de aquellos padres que así lo soliciten podría derivar de facto en una especie de “segregación lingüística” en las escuelas catalanas?

R. Lo que ha de hacerse es impartir la enseñanza, tanto en catalán como en castellano, con normalidad, con el conjunto de los compañeros. La atención individualizada, ha sido declarada ilegal por el Tribunal Supremo, que la ha til-

dado de “*artificio de mera apariencia*”. Pero además, es una institución específicamente diseñada para desincentivar su ejercicio, utilizando el natural temor de los padres a la estigmatización de sus hijos.

Yo he vivido el siguiente absurdo: el 80% de padres del curso de mi hija querían enseñanza bilingüe. La respuesta fue que se desaconsejaba pedirlo puesto que podía perjudicar al Colegio. Pero además se nos dijo, que sólo se ofrecería “*atención individualizada*” (¡¡al 80% de los alumnos!!) y que podía ser molesta para ellos. Y lo asombroso fue que ante ello, las solicitudes formales descendieron al 44%.

Que los padres se vean obligados a renunciar a algo tan básico, me hace dudar de si vivimos realmente en un Estado de Derecho de la Europa Occidental en pleno siglo XXI. Y lo que es peor, en el Colegio de mis hijos hay muchísimos padres franceses que, tras vivir estos episodios, ya ni siquiera lo dudan.

P. En su opinión, ¿qué medidas deberían adoptarse desde las diferentes Administraciones para garantizar el uso del castellano en igualdad de condiciones con el catalán?

R. La deslealtad institucional de algunas administraciones autonómicas en esta materia, ha sido un paradigma del famoso “*haced vosotros las leyes y dejadme a mí los reglamentos*”.

Por lo tanto, los ciudadanos deberían disponer de instrumentos legales, contundentes, claros y detallados, que garanticen la efectividad de sus derechos, con independencia de la normativa estatutaria y autonómica.

La solución es una Ley Orgánica que regule con detalle, en las comunidades con lengua propia, el derecho a elegir la lengua vehicular de la enseñanza, garantizando unos mínimos iguales para las diversas lenguas oficiales. Y si no se quiere garantizar esa libertad de elección, al menos la LO debería garantizar el derecho a que la enseñanza del y en castellano, se realice como mínimo con la misma normalidad e intensidad que la realizada en el idioma autonómico correspondiente.

Muy en particular la LO debería regular la forma en la que los padres puedan ejercer sus derechos de opción, y también, las horas, la importancia lectiva y la forma de prestar la enseñanza en castellano. ■

Nuestras oposiciones: un análisis estadístico

Manuel Bagüés

Este interesante trabajo de información estadística descriptiva sobre nuestra oposición ha sido realizado por D. Manuel Bagüés, investigador del programa Ramón y Cajal y profesor visitante en la Universidad Carlos III y al que agradecemos el permiso para su publicación en estas páginas. Este y otros análisis estadísticos sobre oposiciones realizados por el autor pueden visitarse en www.manuelbagues.com

El Cuerpo de Abogados del Estado se encarga de prestar asistencia jurídica (consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio) al Estado y a sus Organismos autónomos, así como a los Órganos Constitucionales. Los Abogados del Estado están integrados dentro de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Puedes obtener información más detallada sobre sus funciones en la página web del Ministerio de Justicia. El Ministerio de Justicia también ofrece información sobre la última convocatoria de estas oposiciones. A continuación te ofrecemos información estadística sobre las oposiciones celebradas en los últimos años.

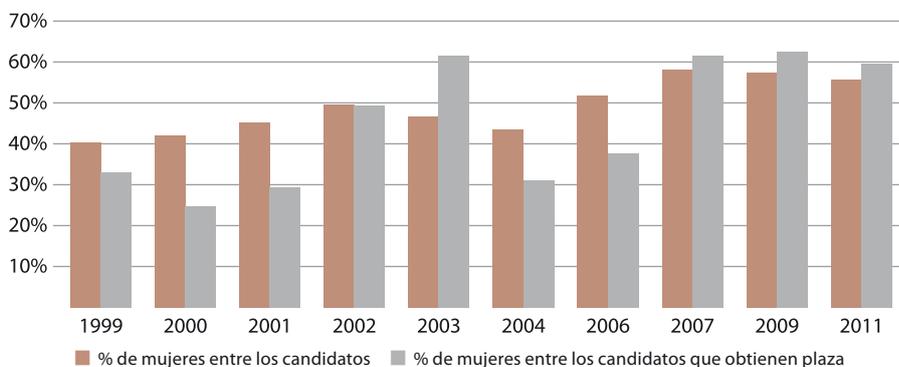
VISIÓN GENERAL

El número de opositores a Abogado del Estado se redujo paulatinamente entre 1999 y 2009, pasando de 321 en la convocatoria del año 1999 a unos 144 en la convocatoria de 2009, quizás debido al descenso en el número de licenciados en Derecho producido durante en este período (de 19.315 a 9.061 respectivamente). En la convocatoria del 2011 se ha producido un notable repunte en el número de candidatos, que se ha situado en torno a los dos centenares. En esta

TABLA 1: NÚMERO DE CANDIDATOS Y PLAZAS

AÑO DE CONVOCATORIA	Nº CANDIDATOS	Nº PLAZAS CONVOCADAS	Nº PLAZAS OTORGADAS	PLAZAS OTORGADAS POR CANDIDATO
1999	321	25	25	8%
2000	263	25	25	10%
2001	239	28	28	12%
2002	190	25	23	12%
2003	215	20	20	9%
2004	204	20	20	10%
2006	156	25	19	12%
2007	150	22	15	10%
2008	-	0	-	-
2009	144	25	23	16%
2010	-	0	-	-
2011	192	20	19	10%

GRÁFICO 1: GÉNERO DE LOS CANDIDATOS



convocatoria el ratio de plazas otorgadas por número de candidatos fue cercano al 10%, aunque si tenemos en cuenta que en 2010 no se convocaron plazas, en términos anualizados dicha tasa sería únicamente del 5% (ver Tabla 1).

GÉNERO

Tradicionalmente la mayoría de los opositores al Cuerpo de Abogados del Estado eran varones. Esto ha cambiado en los últimos años y en la convocatoria del año 2007 las mujeres eran ya mayoría entre los candidatos. Paralelamente, también ha aumentado el número de mu-

jes que obtiene la plaza de abogado del estado. En las últimas convocatorias aproximadamente el 60% de los opositores que obtenía plaza eran mujeres (ver Gráfico 1).

EXPERIENCIA

La mayor parte de los candidatos se presenta varias veces a la oposición. En los últimos años, cerca de la tercera parte de los opositores se presentaba por primera vez, una cuarta parte lo hacía por segunda vez, un 16% por tercera vez, un 11% por cuarta vez y el restante 12% se presentaba por quinta vez o más (ver Tabla 2).

TABLA 2: EXPERIENCIA DE LOS CANDIDATOS

OPOSITORES EN:	2003	2004	2006	2007	2009	2011	TOTAL
1ª CONVOCATORIA	34%	35%	24%	35%	35%	56%	37%
2ª CONVOCATORIA	19%	27%	31%	20%	24%	20%	23%
3ª CONVOCATORIA	17%	14%	20%	21%	17%	10%	16%
4ª CONVOCATORIA	16%	12%	12%	12%	10%	6%	11%
5ª CONVOCATORIA	14%	12%	13%	12%	13%	7%	12%
TOTAL	100%						

Nota: La variable "1ª convocatoria" indica el porcentaje de candidatos que se presenta por primera vez a la oposición en un año determinado. El resto de variables está definido de una manera similar.

TABLA 3: TASA DE ÉXITO DE LOS CANDIDATOS EN FUNCIÓN DE SU EXPERIENCIA

TASA DE ÉXITO DE LOS OPOSITORES EN:	2003	2004	2006	2007	2009	2011	MEDIA
1ª CONVOCATORIA	4%	0%	3%	8%	6%	3%	4%
2ª CONVOCATORIA	10%	20%	12%	7%	20%	26%	16%
3ª CONVOCATORIA	11%	11%	23%	13%	16%	25%	16%
4ª CONVOCATORIA	11%	8%	26%	11%	33%	0%	15%
5ª CONVOCATORIA	17%	16%	0%	17%	22%	7%	13%
TASA MEDIA	9%	10%	12%	10%	16%	10%	11%

Nota: La variable "1ª convocatoria" indica el porcentaje de candidatos que superaron la oposición de entre aquellos que se presentaba por primera vez. El resto de variables está definido de una manera similar.

En la convocatoria de 2011 se observa un aumento significativo en el número de candidatos noveles, cuya presencia asciende a algo más de la mitad.

TASA DE ÉXITO

La tasa de éxito entre los candidatos noveles es relativamente baja. En media solamente el 4% de los candidatos que se presentan por primera vez obtiene la plaza. Las probabilidades de éxito aumentan rápidamente con la experiencia. Al segundo intento las tasas de éxito de los opositores son ya cercanas al 16% y para aquellos candidatos que se presentan por tercera o cuarta vez la tasa de éxito es del 16% y del 15% respectivamente. A partir de la quinta convocatoria la tasa de éxito observada disminuye ligeramente y se sitúa en torno al 13% (ver Tabla 3).

EFFECTO DEL ORDEN

En algunas oposiciones el orden en que son evaluados los opositores tiene efectos sobre sus posibilidades de éxito. Esto puede ocurrir tanto por la existencia de sesgos de evaluación asociados al orden como por las diferencias que se generan en el tiempo que tiene cada opositor para preparar cada ejercicio en función de su posición en la lista. En el caso de las oposiciones a abogado del estado, si analizamos la evidencia proporcionada por los cerca de dos mil opositores que

» En primera persona

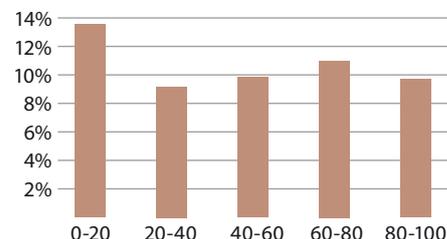
Manuel Bagüés es investigador del programa Ramón y Cajal y profesor visitante en la Universidad Carlos III. Su investigación se desarrolla en el área



de la Microeconomía Aplicada, con un especial interés por la Economía Laboral, la Economía de la Educación y la Economía Política. Ha publicado diversos trabajos académicos, tales como: *Are Women Pawns in the Political Game? Evidence from Elections to the Spanish Senate*, *Do recruiters prefer applicants with similar skills? Evidence from a randomized natural experiment*, *Can Gender Parity Break the Glass Ceiling? Evidence from a Repeated Randomized Experiment*, *Do On-Line Labor Market Intermediaries Matter? The impact of AlmaLaurea on University-to-Work transition*, o *Differential Grading Standards and University Funding: Evidence from Italy*.

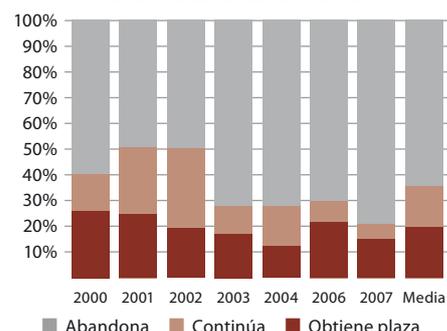
participaron en las últimas diez convocatorias, se observa que las tasas de éxito son ligeramente superiores entre aque-

GRÁFICO 2: TASA DE ÉXITO DE LOS CANDIDATOS EN FUNCIÓN DEL ORDEN DE LLAMAMIENTO



Nota: El eje de abscisas clasifica a los candidatos en función del orden de llamamiento asignado. El eje de ordenadas indica, para cada grupo, el porcentaje de candidatos que ha superado la oposición. Por ejemplo, la primera columna indica la tasa de éxito del 20% de candidatos situados al principio de la lista de llamamiento y así sucesivamente. El gráfico recoge información de los 2.074 candidatos que participaron en las convocatorias celebradas entre 1999 y 2011.

GRÁFICO 3: PERSPECTIVAS DE ÉXITO DE UN OPOSITOR EN UN HORIZONTE TEMPORAL DE CINCO AÑOS



Nota: Cada columna representa una cohorte de opositores. Así, la primera columna recoge información acerca de aquellos opositores que se presentaron por primera vez en la convocatoria del año 2000. La variable Obtiene la plaza indica el % de opositores de la cohorte que consiguió aprobar la oposición en un plazo de cuatro o menos años. La variable Continúa indica el % de opositores que, al cabo de cinco años, continuaba presentándose a la oposición. Por último, la variable Abandona señala el % de opositores que ha abandonado la oposición en un plazo inferior a cinco años sin haber obtenido plaza.

llos opositores situados al principio de la lista (13% vs una media del 10%, ver Gráfico 2).

PERSPECTIVAS DE ÉXITO

Teniendo en cuenta la evidencia observada en los últimos años, es posible construir el horizonte temporal de un opositor que comenzó a preparar las oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado entre los años 2000 y 2007. Al cabo de cinco años, la probabilidad de que hubiera aprobado la oposición era igual al 20%; con una probabilidad del 64% había abandonado la oposición sin éxito y, con una probabilidad del 16%, seguía aún presentándose (ver Gráfico 3). ■

Henri de Richemont

Henri de Richemont es abogado de profesión y miembro del partido Unión por un Movimiento Popular (UMP). Como integrante de esta formación, De Richemont fue elegido diputado por la región de Charente entre 1993 y 1997 y posteriormente senador por la misma circunscripción entre 1998 y septiembre de 2008. Como abogado, ha representado a los intereses españoles en diversas causas abiertas en Francia contra nuestro país, entre ellas la reclamación de un grupo de pescadores franceses por los daños ocasionados por el hundimiento del Prestige.

Pregunta. Sr. Richemont, en su carrera profesional, como a veces sucede con los abogados de prestigio, se entrecruzan la política y el derecho. ¿Podría contar a nuestros lectores los principales pasos de su carrera, tanto en el ámbito jurídico como en la cosa pública?

Respuesta. Tras mis estudios de Derecho y ciencias políticas en París, y después de colegiarme como abogado, obtuve un master en leyes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Después, y antes de volver a mi despacho en París, pasé un año en Nueva York y Londres como becario en despachos de abogados especializados en Derecho marítimo. Ahora, mi despacho está especializado en litigios y arbitrajes sobre asuntos de Derecho marítimo, seguros y responsabilidad civil.

Paralelamente a mi actividad profesional, he desarrollado una actividad política, como electo tanto en la Asamblea nacional como luego, en el Senado. Fui ponente de un informe sobre acciones judiciales en materia de terrorismo. También fui ponente de la comisión de investigación que se abrió en el senado a resultas del naufragio del “Erika”.

P. ¿Cuáles son los principales asuntos en los que ha intervenido?

R. He intervenido en numerosos casos de contaminación marítima, tanto en Francia como en África del Norte y el Oeste. También representé al Estado español en el caso “Prestige”, en el proceso que se abrió a resultas de la acción ejercitada por sindicatos de pescadores contra el Estado español ante el Tribunal de Gran Instancia de Rochefort.

P. Generalmente, en todos los países –en España, desde luego-, la justicia, la administración de justicia es objeto

de críticas por su lentitud y su masificación. Desde su óptima posición, en la que se combinan dos puntos de vista, ¿cómo podría describir en unas pocas palabras la situación de la justicia en Francia?

R. La justicia en Francia es también criticada, como en la mayor parte de los países occidentales. Se le reprocha con frecuencia ser muy lenta y en ocasiones ser poco severa, incluso si, como es el caso, la justicia francesa ha dado pruebas de gran severidad en casi todos los asuntos vinculados a cuestiones de contaminación marítima. En este sentido, los tribunales franceses han ido consolidando una jurisprudencia que acepta de una manera muy amplia la noción de daño ambiental. En casi todos los asuntos de contaminación medioambiental, por ejemplo, se ha admitido la personación como parte civil de entidades y asociaciones vinculadas a la protección de la naturaleza.

En fin, no se puede obviar que también en todos los grandes casos de daños al medio ambiente así como en aquellos vinculados de una u otra manera a la plítica, los tribunales sufren una presión mediática considerable.

P. Usted ha trabajado para el Estado español en diversos procedimientos judiciales en que aquel ha sido demandado, o ha intervenido ante los tribunales franceses. A través de ellos ha podido conocer algo el sistema de trabajo de la Administración española. ¿Ha habido una adecuada coordinación entre cliente y abogado en tales casos?

R. Conozco perfectamente, en tanto que he sido cargo representativo durante varios años, el funcionamiento de la Administración francesa. En cuanto a la Administración española, a través de los asuntos que me han sido confiados por el

Estado español, he tenido ocasión de trabajar con miembros de la Administración española, y he valorado mucho su profesionalidad, su disponibilidad y su consejo. Lo cierto es que hemos desarrollado relaciones basadas en la confianza.

Mi percepción, tras el contacto profesional con la Administración española, es que sus miembros tienen un sentido del estado y del interés general similar al que existe en la Administración francesa.

P. En fin, siempre desde esta revista nos gusta conocer la opinión de un colega de profesión acerca de los abogados del Estado españoles. ¿sería tan amable de darnos su opinión acerca de sus métodos de trabajo, cualificación profesional, adaptación al trabajo conjunto con colegas provenientes de diferentes sistemas legales, etc.? Por favor, Sr. Richemont, siéntase libre y olvide en la medida de lo posible que está hablando para la revista “Abogados del Estado”. Le aseguramos que no habrá represalias.

R. Desde hace aproximadamente cinco años he tenido la suerte de trabajar con abogados del Estado español en los importantes asuntos que me han sido confiados, y durante este tiempo hemos desarrollado relaciones de confianza, que han facilitado una muy estrecha colaboración. La verdad es que he valorado en todo momento su competencia profesional y su disponibilidad.

Siempre he encontrado en la Abogacía del Estado la ayuda que he precisado en la preparación de los procesos judiciales en los que he intervenido, y gracias a esa colaboración y a la competencia profesional de los abogados del Estado español con los que he trabajado hemos podido obtener una cooperación mutua que al final se ha revelado altamente eficaz. ■



GASTO Y MOROSIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN: Que nadie piense que esto ha sido normal

Luís García del Río | Abogado del Estado (exc.)

Seguramente el derecho administrativo no es *a priori* una de las disciplinas que a un estudiante recién ingresado en la Facultad puedan parecerle más atractivas, seguramente por ello también, los planes de estudios lo reservan para ámbitos de la Carrera en los que ya se cuenta con una razonable travesía por la biblioteca o por la cafetería de la Facultad, como para poder digerir la irrupción –en una conciencia que se mueve hasta ese momento en el principio de la equidad entre partes– del juego de las potestades administrativas, la presunción de legalidad, la ejecutividad, ejecutoriedad, etc.

A pesar de que hubiéramos dispuesto de buenas expresiones legislativas como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la Ley de Procedimiento Administrativo, era imposible desligar la irrupción del derecho administrativo (en la mentalidad de un estudiante de la segunda mitad de los ochenta), del propio afianzamiento del régimen constitucional. Esa disciplina nos imbuía la tutela de los derechos y libertades y la garantía de una Administración que en tanto que marcada por el inexcusable deber de atenerse al principio de legalidad, debía y debe ser la depositaria única de la potestad y la auto-tutela. Esos eran los principios en los que me formé y con ellos conviví durante años de opositor.

Evidentemente el control de legalidad y el propio vicio eran consustanciales a la teoría del acto administrativo y analizábamos nulidades y anulabilidades con interés, no obstante si bien no cabía creer

en unas administraciones beatíficas e imaculadas, todo ello debía considerarse puntual, frente a un deber general de preservación de la legalidad.

Hoy, pasado el tiempo, creo que tenemos que ser forzosamente críticos, viendo con pesar como nuestro *sofisticado* derecho administrativo nos lleva a ser un país con un escaso nivel de seguridad jurídica, con un indeseable nivel de corrupción y con un desprestigio de lo público en el que ni siquiera la apariencia o un elemental sentido del decoro se han preservado en el comportamiento de algunas de las administraciones públicas y esto lo manifiesto con tanto pesar como convicción.

Voy a indicar en este sentido algunos de los aspectos que considero relevantes y pido perdón por la concisión en la presentación de los mismos, dado que cada uno de ellos daría lugar a múltiples, más acertadas y –seguro– más profundas consideraciones.

“ Creer que todo nuevo órgano, porque esté bajo control autonómico responde mejor a los intereses colectivos de la región es sencillamente falso ”

EN PRIMER LUGAR ALUDIRÍA A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Se está utilizando esta época de reflexión ante el disparate padecido, para cuestionar la estructura territorial del Estado. Lamentablemente detrás de cada discurso están nuestros planteamientos viscerales y detrás de esos planteamientos en los que no hay nada más español que el goyesco *Duelo a Garrotazos*, alguna de las tensiones que siempre sacuden nuestra columna vertebral ibérica, es decir la relación centralismo-separatismo. Me parece que es un discurso falso y me parece hipócrita criticar ahora el “*café para todos*” y, aunque ahora suene mal decirlo, yo creo firmemente en las Comunidades Autónomas y creo en que es correcto que tengan una estructura institucional similar. Dicho esto, creo que el tratamiento que, en el plano jurídico se ha atribuido a esa autonomía, ha sido muy desafortunado y que, en ello, ha tenido y tiene una evidente responsabilidad nuestro Tribunal Constitucional.

Se ha fomentado al *socaire* de la autonomía política, bien el particularismo y el esperpento en unos casos, bien el puro y simple personalismo de unas autoridades autonómicas que veían en parangonar funciones, cometidos y hasta denominaciones estatales el mayor timbre de gloria y autosatisfacción personal. Confundir la situación personal con el interés colectivo es muy peligroso. Creer que todo nuevo órgano, porque esté bajo control autonómico responde mejor a los intereses colectivos de la región es sencillamente falso. No se han desarrollado verdaderamente diecisiete comunidades autónomas, sino



diecisiete pequeñas administraciones generales del Estado. Es más, psicológicamente el fenómeno era curioso, a medida que la auto-organización se convertía en el *sancta sanctorum* del Artículo 148 de la Constitución y, al amparo del mismo, se consentía cualquier desmán de duplicidad y proliferación de órganos, lo que hacían las entidades territoriales menores era copiar los mecanismos estatales, en un delirante proceso colectivo, mucho más explicable en función de situaciones personales, que en virtud de un auténtico afán de eficacia. Desde ese punto de vista puede explicarse que un país que durante años vivió en sus administraciones febrilmente el principio de autonomía, la renuncia a lo estatal y la afirmación de la particularidad propia, se haya llenado de Delegados de Hacienda —en algunas capitales hay cinco—, Delegados de Gobierno *autónomicos*, etc.

La auto-organización tiene que tener un límite de racionalidad. No creo que nadie considere que la función interventora sea un límite al control democrático de las entidades locales y, por la misma razón, tiene que haber un control de racionalidad y eficacia en la implementación de las estructuras administrativas. La racionalidad y la eficacia podían haber sido invocadas como parámetro de constitucionalidad. En vez de ello, nuestro Tribunal Constitucional prefirió centrarse en el frenesí de la discusión entre los artículos 148 y 149 de la Constitución y seguramente no atribuyó el papel que le correspondía a los parámetros de funcionamiento de las administraciones públicas, establecidos en el Art. 103 del texto constitucional. Se pervirtió el inicial sistema

de distribución de competencias, abusando del apartado segundo del Artículo 150 de la Constitución y sin embargo todos ignoraron que existía el apartado tercero, no fuera a ser que a alguien se le acusara de querer reeditar la LOAPA.

El control en las administraciones se ha revelado —ahora, cuando hemos rebasado todos los límites de lo admisible— como un servicio a los ciudadanos, no como una merma a la autonomía política de sus representantes. Ahora se recuerda que los ciudadanos tenían derecho a una asignación eficaz de sus recursos públicos, habiendo estado muy cerca de llegar, mediante el olvido de ese principio, a una situación irreversible.

Ahora bien, no son sólo las administraciones territoriales las que han cometido el pecado del abuso en la auto-organización. El abuso en la atribución de plena capacidad de organización a cualquiera

Ahora se recuerda que los ciudadanos tenían derecho a una asignación eficaz de sus recursos públicos, habiendo estado muy cerca de llegar, mediante el olvido de ese principio, a una situación irreversible

que presentase una legitimación *seudo-representativa* ha tenido su manifestación en otros ámbitos. ¿Sabe el lector que es lo que más ha crecido en España en los últimos años en la Universidad pública? No lo investigación, sino la burocracia. Han crecido aularios y docentes, pero ha crecido mucho más sin trabas ni cortapisas, ni suficientes controles, la estructura de los rectorados. La autonomía universitaria nació para velar por la libertad de cátedra, por la defensa de las libertades y por la preservación de la universidad como un ámbito de investigación y debate. ¿Para qué se usa la autonomía universitaria? Para que el Rector de turno se organice como le parezca, multiplicando vicerrectorados y estructuras administrativas. La universidad es sólo un ejemplo y no el peor de lo sucedido.

LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Lo sé, término manido, nada del gusto de alguna doctrina administrativista que ha sido, en ocasiones, el cómplice necesario para incorporar un dictamen justificativo a cada nuevo órgano objeto de creación. Expresión denostada, antigua y poco de moda, pero verdad al fin y al cabo.

Quienes no creían en lo público, han llevado a la Administración a una situación esperpéntica. Huida del derecho público y huida del derecho presupuestario. Hemos tenido a cientos de funcionarios *mano sobre mano* por el *pecado* de haber dedicado su vida a la Administración, mientras sus funciones eran asumidas por “entes” integrados por personas, desde luego, *demasiado valiosas* como para someterse a

los principios generales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Es curioso el uso del lenguaje, hablamos una y otra vez de los funcionarios y nos provocan una felicidad absoluta sus *congelaciones* salariales, pero deberíamos preguntarnos de verdad bajo la genérica referencia a las personas que perciben sus ingresos de las administraciones públicas, cuál es el número real de los funcionarios.

En todas las Administraciones, subrayo lo de todas, se crearon entes institucionales para centralizar las funciones, entre otras de contratación, mientras los cometidos de unidades de ministerios o de consejerías completas, quedaban vacíos de contenido. Porque lo privado estaba de moda, era más eficiente y era necesario huir del *encorsetamiento* de lo público.

Es evidente que la administración institucional tiene un sentido, pero no lo es menos que se ha abusado sin el menor límite de ella. Me llamaba la atención cuando, tras escuchar el discurso de las bondades del ámbito privado, veía en las compañías privadas la implantación de procedimientos de contratación calcados de la propia Ley de Contratos. Curioso fenómeno en virtud del cual una consultora informaba acerca de la aplicación de un nuevo procedimiento de contratación que iba a primar la eficacia y la transparencia y resulta que ese procedimiento, era el propio de la contratación pública.

En todas las Administraciones se crearon entes institucionales para centralizar las funciones mientras los cometidos de unidades de ministerios o de consejerías completas, quedaban vacíos de contenido

¿Se puede pretender una función pública mínimamente eficiente, cuando el único mensaje que han ido transmitiendo sus responsables, año tras año, y legislatura tras legislatura, es que lo público y las formas de actuación administrativa, eran una rémora sin sentido?

Creo que una labor de prestigio de los operadores públicos, implica delimitar seriamente un ámbito de otro. Algunos de los principales procedimientos de licitación pública en nuestro país no pueden estar gestionados por personas procedentes del ámbito privado que sólo transitoriamente se vinculan a la función pública. No creo que un ámbito sea mejor que otro, sencillamente son distintos,

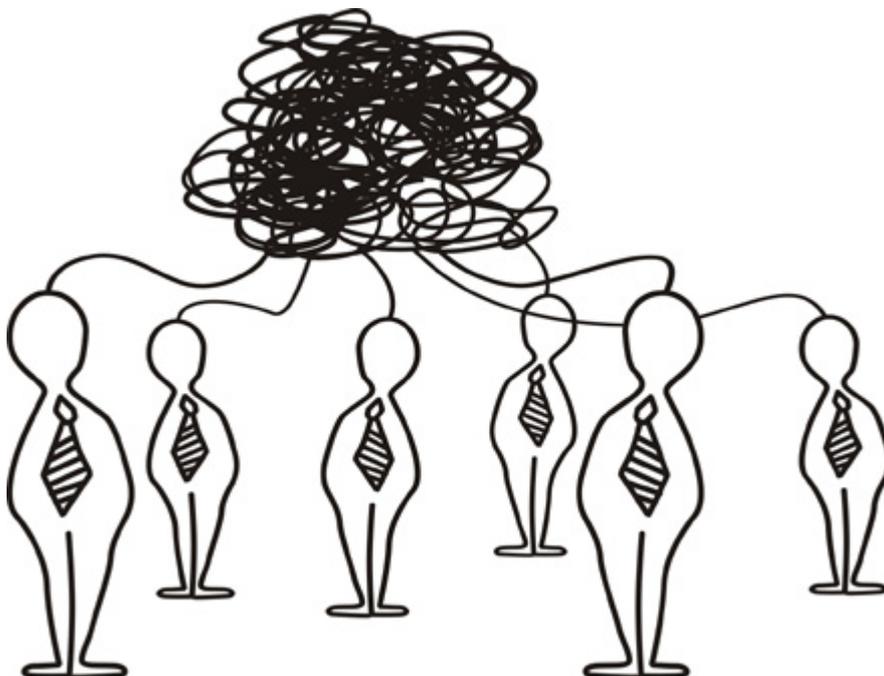
pero el propio prestigio de lo público y su posición de indemnidad hacia el ámbito privado implica una necesaria y sólida delimitación. Hemos asistido a veces a una administración que sin cumplir los mínimos inexcusables a los que estaba obligada, sin embargo se introducía en labores promocionales, mercantiles, etc..., propias del ámbito privado, en una especie de perversión colectiva de los principios en los que nadie se encontraba en el papel que le correspondía.

Una vez más aquí el tratamiento dado a la auto-organización ha sido funesto. La garantía institucional de las entidades locales, está al servicio de la eficiente aplicación de los recursos públicos de los vecinos, no al paio de que el número de familiares y amigos de los concejales de turno (con independencia de su signo político) requiera de la creación de empresas públicas en las que colocar a cada nueva generación de parientes. No se sostiene que a día de hoy, una entidad local pueda crear un ente con personalidad jurídica propia por un mero acuerdo del pleno. Esa prerrogativa no puede permanecer ni un minuto más y si en otras administraciones la creación de entidades tiene que producirse por ley, otro tanto tiene que suceder con las entidades locales, por ley y previo control de los principios de racionalidad y eficacia del ente propuesto, así como de su sostenibilidad financiera y presupuestaria.

EL DESPRESTIGIO DEL PRODUCTO LEGISLATIVO

Comenzamos con las leyes *de acompañamiento* y hemos acabado con productos como la *Ley Omnibus* o la Ley de Economía Sostenible. El problema no es que haya dieciocho órganos con potestad legislativa en nuestro país, el problema es la calidad de esas leyes.

En ocasiones, mal escritas y técnicamente deficientes. Se puede modificar varias veces en un año un mismo texto legislativo, sin el menor sentido de la estabilidad que debe tener un producto que representa el nivel máximo en el sistema de fuentes de derecho. Nuestra *pirámide kelseniana* es en este momento una mastaba que hace aguas por todos lados. Es normal que podamos ver en la disposición adicional vigésimo cuarta de una posible



Ley sobre defensa del agua embotellada y sus múltiples virtudes, que se pueda contener una reforma esencial de la Ley de Contratos del Sector Público. Esto no puede ser. Las leyes no salen del trabajo del Parlamento, ni siquiera presentan una mínima coordinación entre los propios órganos de una misma administración, son productos de consultoría externa que se remiten directamente a unas Cámaras que, habitualmente, están a otra cosa. La perfección técnica de una ley no importa, pero sin embargo su impacto final sobre el entramado social, es mucho más lesivo que cualquier otra cosa.

Llevo años pensando que deberíamos implantar el principio de reserva reglamentaria. Aquí se legisla mal, pero además se legisla sobre todo, quiero decir, sobre cualquier cosa. Recuerdo que se hablaba de la generalidad como un principio básico en la norma legislativa y aquí y ahora, brilla por su ausencia. De la ordenación de la razón al bien común, se ha pasado al particularismo, al casuismo a la falta de cualquier elemental principio. Un sector presiona adecuadamente y su problema se incorpora a una disposición adicional y es fácil, porque nuestra producción legislativa se va olvidando de los principios, de la generalidad, de la vocación de permanencia en los textos, de la necesidad de un ordenamiento jurídico sólido y estable, en definitiva de unos mínimos estándares de seguridad jurídica.

LA CALIFICADA COMO BALCANIZACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Lo sé, también es un concepto antiguo y denostado, pero he de decir que también es verdad. El principio de coordinación no resiste el comportamiento de nuestras administraciones y da igual que con ello se retarde la actividad económica, se conviertan en eternos los procedimientos de autorización administrativa y se dificulte de forma incomprensible cualquier actividad.

¿Por qué es fundamental minar la coordinación? ¿Por qué es fundamental que en un procedimiento de validación medioambiental, cada autoridad diga una cosa distinta? ¿Por qué es fundamental que, en vez de tener una respuesta única, el

Ya es hora que la Administración trate de recuperar el papel que le corresponde y se convierta en un aliado de esta sociedad en la búsqueda de soluciones

ciudadano o la empresa que pretende llevar a cabo una actividad tenga que peregrinar por oficinas, dependencias y despachos y, cada uno de ellos, ofrezca una respuesta diferente? Sencillamente porque eso es poder.

La Administración ha ido renunciando a determinados ámbitos en los que sus funciones y capacidad de decisión eran reglados, para centrarse en el ámbito de la discrecionalidad ¿Cuál es el escenario ideal en ese sentido? La ordenación del territorio y en este punto tenemos que preguntarnos, cómo se opera en términos de creación de riqueza con un ordenamiento administrativo desquiciado que prima el particularismo y que no contiene la menor sanción jurídica a la violación del principio de coordinación entre administraciones públicas.

En fin, no quiero seguir abundando en cuestiones que, por lo demás, son perfectamente conocidas, ahora bien lo que quiero es poner de manifiesto a dónde nos ha llevado la situación vivida y hasta qué punto, lo sucedido choca con esa visión de la Administración sometida al principio de legalidad y al juego de las potestades y señalar, no obstante, que escribo estas líneas desde una cierta sensación de regeneración y de esperanza.

Se imagina alguien que esa Administración sometida al principio de legalidad, hubiera llevado a la ruina a miles de empresarios. ¿Cree el lector de verdad que se puede vivir en una sociedad en la que, con la ley en la mano, se ha engañado y dañado a miles de empresas que han concurrido a contratos con el sector público? ¿De verdad podemos sentirnos tranquilos com-

probando que nuestra Administración en vez de convertirse en expresión de nuestro sistema democrático y en una producción jurídica orientada al interés general, se ha convertido en la mayor de nuestras contingencias? Sinceramente creo que no y digo que escribo estas líneas desde la esperanza, porque al menos, comenzamos a apreciar que se trata de incorporar un mínimo de decoro (RR DD Leyes 4 y 7/2012), comenzando por algo tan simple como que *las deudas se pagan*.

Algunos de nuestros ayuntamientos han emprendido en estos años estrategias que harían palidecer al más moroso de los sujetos privados y creo que se puede afirmar sin incurrir en una generalización injusta, que los tribunales no han aportado una respuesta ni rápida ni eficaz a aquellos contratistas de la Administración que, legítimamente, han pretendido la tutela de sus derechos conculcados. Las deudas se pagarán, pero el rastro de desprestigio que ha dejado la actuación administrativa de estos años, tardará en superarse.

Este desastre generalizado nos tiene que servir para reflexionar, para recuperar un mínimo decoro en el funcionamiento de los operadores públicos, para volver a profesionalizar la Administración, para delimitar funciones y cometidos y para preservar un mínimo principio de rigor y seriedad en la producción normativa y administrativa de nuestras instituciones públicas.

Creo que en esta situación la sociedad española ha estado por encima de nuestras administraciones. Las propias corporaciones empresariales españolas han ayudado a soportar lo peor de la crisis, por más que se las quiera culpabilizar, con un discurso cursi y demagógico, de nuestros males.

Ya es hora que la Administración trate de recuperar el papel que le corresponde y se convierta en un aliado de esta sociedad en la búsqueda de soluciones y no como ha venido sucediendo, especialmente en estos últimos años, en el peor de nuestros problemas. Estoy convencido de que esta situación se superará pero, por favor, que nadie crea que lo sucedido, especialmente a lo largo de estos últimos años, ha sido normal. ■

Actuaciones y procedimientos de gestión tributaria

Ricardo Huesca Boadilla / Sepin

El objeto de la presente obra es el estudio de las llamadas actuaciones y de los procedimientos de gestión tributaria, a los que, en principio, se dedica el Capítulo III, del Título III (La aplicación de los tributos) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y concordantes del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

No obstante, su contenido es mucho más amplio pues, antes de llegar al estudio concreto de esas actuaciones y procedimientos de gestión, se analizan a lo largo de tres extensos capítulos, todas aquellas materias que, transversalmente, tienen o pueden tener alguna relación con esas actuaciones y proce-



dimientos como pueden ser las obligaciones tributarias formales, las declaraciones censales, las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las obligaciones tributarias accesorias (intereses de demora y recargos por declaración extemporánea), las normas comunes en materia de procedimientos tributarios, así como las diversas formas de inicio de la gestión tributaria, todo ello completado con una aportación extensa y actualizada de la jurisprudencia y doctrina administrativa relacionada con las mismas.

La obra se cierra con un esquema de los distintos procedimientos de gestión tributaria, un anexo normativo de la LGT (parte) y del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y con dos cuadros de concordancias de preceptos de la Ley y del Reglamento, que facilitan la búsqueda de los preceptos aplicables a las cuestiones que han sido objeto de estudio en esta obra. ■

La cruzada antitabaco vista por los infieles

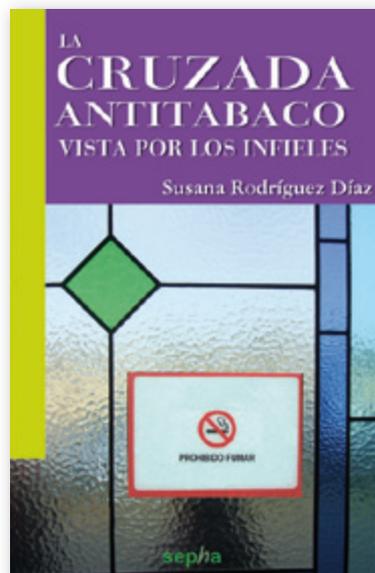
Susana Rodríguez Díaz / Editorial Sepha

La cruzada antitabaco vista por los infieles vio la luz en el preciso momento en el que la cruzada en contra del consumo de tabaco se encontraba en su punto álgido en países como España. Sin embargo, no se trata de un trabajo oportunista, pues se elaboró a partir una tesis doctoral defendida en 2009 bajo el título *Sociedad y cambio de valores: el caso del tabaco*, resultado de varios años de investigación.

El objetivo del texto es proporcionar una explicación de cómo ha sido posible la veloz transformación en la concepción y uso del tabaco en las últimas décadas, a partir de las acciones institucionales emprendidas en relación a esta sustancia, que abarcan tanto la drástica reducción de los lugares en los que se puede fumar como el lanzamiento de agresivas campañas destinadas a desincentivar el consumo de tabaco, aumento de precios de venta y, sobre todo, la construcción de una imagen social negativa del fumador.

Para comprender este cambio, la autora hace, en primer lugar, un entretenido recorrido histórico por la cambiante relación entre el ser humano y la planta del tabaco, que se remonta a la América precolombina. Para los indígenas, el tabaco estaba dotado de propiedades mágicas y medicinales, y tenía gran variedad de usos –algunos de los cuales perduran hoy–, como el de servir para marcar el paso a la edad adulta, ser moneda de cambio, o constituir un modo de crear y reforzar lazos de amistad. La llegada del tabaco a Europa fue objeto de re-

chazo y polémica, pero finalmente se aceptó su uso gracias, en gran medida, a sus aplicaciones terapéuticas, aunque pronto triunfaría su uso placentero. Aquí se desmontan algunos de los estereotipos habituales en torno al tabaco, como que su popularidad haya dependido únicamente de la publicidad de las empresas tabacaleras y de las sustancias aditivas que añaden a este producto, que su consumo solamente tenga efectos perjudiciales para la salud, o que la razón última de su rechazo actual esté en el descubrimiento de tales efectos, pues desde antaño se conocen las consecuencias nefastas derivadas de su consumo excesivo.



La segunda parte se centra en la actual cruzada en contra del consumo de tabaco, explicando qué supuestos la hacen posible y hasta qué punto éstos han sido contruidos ideológicamente y que, precisamente por ello, no son necesariamente ciertos. Se explica también el posible papel que esta lucha esté desempeñando en calidad de chivo expiatorio, desviando la atención de otros riesgos y peligros producidos por un proceso de industrialización que destruye y contamina el medio ambiente.

Anécdotas sabrosas, comentarios de famosos y de gente de la calle, chistes, recortes de prensa, discursos científicos, demandas a las tabacaleras y una magnífica selección de imágenes, tanto de anuncios antiguos de tabaco como de modernas campañas antitabaco ilustran un libro imprescindible para profundizar en la génesis y desarrollo de la actual cruzada en contra del consumo de tabaco. ■

En estos últimos meses...



TUVO LUGAR la renovación de Edmundo Bal como presidente de nuestra Asociación. Enhorabuena. Seguro que afronta esta segunda etapa con el mismo ánimo e ilusión que la primera, pero desde la experiencia de estos últimos cuatro años. Muchos son los retos que tendrá que afrontar nuestra Asociación...



LA ASOCIACIÓN ha sido recibida por el nuevo Ministro de Justicia, en lo que sólo puede calificarse como un amigable encuentro. Por su parte, el Presidente de Fedeca, Jorge Pipaón, también se ha entrevistado en varias ocasiones con el Secretario de Estado de Administraciones Públicas y con la Directora General de la Función Pública. Esperemos que estos encuentros hayan servido para transmitir a los máximos responsables de la organización administrativa tanto nuestras preocupaciones como colectivo como las de todos los funcionarios integrados en Fedeca.



COMO CONSECUENCIA de sus recientes nombramientos, han tenido que dejar el Consejo directivo de la Asociación los compañeros David Mellado,

Juan Romero y Adolfo Díaz- Ambrona. Como es habitual en estos casos, se les homenajeó con una comida, tributo insuficiente para el inestimable servicio que prestaron para el colectivo. Gracias de nuevo por vuestra colaboración desinteresada.



SE CELEBRÓ también una comida homenaje al Director saliente, Joaquín de Fuentes, con una nutrida presencia de compañeros. Y por parte de la Subdirección General de los Servicios Contenciosos se organizó una comida-despedida a su querido Subdirector y compañero, Manuel Rivero, recién estrenado compañero excedente. Emotiva despedida a quien ha ocupado el cargo durante 19 años.



SE HA CELEBRADO el ya tradicional Campeonato de Golf de la Asociación, al que se ha unido el Campeonato patrocinado por Banesto junto con la Asociación al que se unieron golfistas profesionales. Los compañeros estuvieron a la altura, y triunfó, sobre todo, el espíritu deportivo.



LA ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO ha sido galardonada con el Premio Aptísimi al Derecho de los Negocios en su categoría "contribución al Sector", concedido por el Club de Derecho Evade Alumni. Como destacó nuestra Directora al recibir el Premio, es un reconocimiento, sobre todo, a los Abogados del Estado en activo. Por otro lado, enhorabuena al compañero Pedro Luis Serrera Contreras galardonado con el Premio Jurídico ABC- BBVA.



COMO CADA AÑO ha tenido lugar la Cena Homenaje a los compañeros jubilados, precedida de la Misa funeral por los compañeros que nos han dejado a lo largo del año. Se aprovechó la ocasión para presentar en sociedad el sello conmemorativo que Correos y Telégrafos ha dedicado al 130 Aniversario de la creación del Cuerpo de Abogados del Estado; desde aquí, gracias a los im-



pulsores de este proyecto, a la sociedad estatal, a su Presidente, al Subsecretario de Fomento, Mario Garcés que acudió a la presentación y, sobre todo, al compañero Jesús Moreno.



TAL Y COMO SE ACORDÓ en la Asamblea de la Asociación, se remitieron sendas cartas de apoyo a los Presidentes del Tribunal Supremo y de la Sala Segunda; ambos han acusado recibo de las mismas, agradeciendo a la Asociación de Abogados del Estado el apoyo transmitido.



POR ÚLTIMO, en el seno de FEDECA se plantea, en Asamblea Extraordinaria, la adopción de medidas de presión del conjunto de los funcionarios pertenecientes al Grupo A1 contra las medidas del Gobierno contra la función pública, derivadas del Real Decreto-Ley 20/2012.

ANTONIO SÁNCHEZ DEL CORRAL Y DEL RÍO

El pasado día 24 de enero falleció en su domicilio de Madrid a los 97 años de edad nuestro compañero Antonio Sánchez del Corral y del Río. Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado el año 1942. Sus primeros destinos fueron Castellón de la Plana y Granada. Pasó a Madrid en 1949 a la Delegación de Hacienda y posteriormente a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, puesto que compaginó con el de Jefe de la Asesoría Jurídica del Banco de Crédito Local. Fundó, junto con Jaime Montero García de Valdivia, la Academia de preparación para el ingreso en el Cuerpo denominada "Instituto de Formación y Estudio" que sus alumnos conocíamos como Academia de Vallehermoso por tener su sede en dicha calle de Madrid. Fue nombrado Subdirector General de Seguros a fines de 1962, y en 1966 Juez Especial de Delitos Monetarios. En 1975 fue designado Consejero Permanente de Estado, cargo que desempeñó día a día durante 36 años hasta su fallecimiento.



Los numerosos alumnos de la Academia nos beneficiamos del contacto constante con Don Jaime y Don Antonio, personas humanísimas por encima de todo, incluso de sus cualidades

de juristas, a quienes en nombre de todos deseo, con motivo de la desaparición del segundo, el descanso eterno y a quienes agradezco sus enseñanzas magistrales. Una prueba de la formación que nos impartieron está en el contacto que la mayoría de sus alumnos conservamos, nada fácil en el mundo acelerado y exigente que vivimos.

Del fecundo paso y de los servicios al interés público, prestados por Antonio en el Consejo de Estado, me tocó ser testigo parcial en visitas que le hice en su despacho. Sus colaboradores lo adoraban. Su conversación, viva y basada en su memoria e inteligencia excepcionales, era enriquecedora y mostraba las difíciles cualidades que le adornaban de la humildad y la modestia. En las charlas con Antonio se sentía uno más joven y más decidido a sacar de sí todo lo posible en el trabajo diario. Fue maestro hasta el final y todo un ejemplo para nosotros sus compañeros. ■

PARAÍSO EN OBRAS

CUENTOS ADULTOS



"No hay otros paraísos que los paraísos perdidos" — Jorge Luis Borges

La obra fotográfica de Alfonso Brezmes se encuentra en la frontera de la ficción y los juegos, y sus fotografías están imbuidas de una gran poesía visual. En la serie *Paraíso en obras*, el espectador es transportado a un país imaginario, una especie de Edén perdido, un mundo surrealista donde todo es posible, a través de extrañas criaturas de la niebla, personajes misteriosos, viajeros, niños perdidos que vagan entre las ruinas de un paraíso perdido.



Entre la selva y los icebergs, Alfonso Brezmes representa los restos de un mundo idílico que se ha extinguido. También conocido por sus collages, y como un narrador de historias, el fotógrafo español lleva al espectador a su mundo, invitándolo a realizar e imaginar el resto de la historia.

Alfonso Brezmes vive y trabaja en Madrid, España. *Paraíso en construcción* se encuentra actualmente en exhibición en una exposición colectiva en la Galería VOZ, París.

En las postales de la serie del Futuro (2009-2010), Alfonso Brezmes representa un mundo de recuerdos de la infancia olvidados. Esta serie nació con la idea de un fantástico viajero en el tiempo que envía postales desde el futuro para nosotros, los habitantes del presente. ■

Artículo escrito por Evelyne Politanoff y publicado en el *Huffington Post* el 12 de abril de 2012.

Sembrando salud: asistencia sanitaria en la Amazonia

La Asociación Sembrando Salud está integrada por un grupo de amigos con el objetivo de buscar soluciones a las múltiples problemáticas por la falta de asistencia médica sanitaria en la Amazonia. Está formando Agentes Comunitarios de Salud para que ellos puedan prevenir y convertirse en punto de referencia sanitario en su zona y así influir en la mejora sanitaria a las generaciones venideras. De esta manera ellos son los encargados de la detección seguimiento, evaluación con los afectados por las enfermedades tropicales mediante una organización en red.

La Asociación está formando Agentes Comunitarios de Salud para que puedan prevenir y convertirse en punto de referencia sanitario en su zona y así influir en la mejora sanitaria a las generaciones venideras

POR QUÉ

El problema Sanitario de los Pueblos que sufren enfermedades crónicas es que éstas les impiden salir de la pobreza en la que viven. Se trata de una dificultad endémica, de larga duración, que no cuenta una solución definitiva, a pesar de los esfuerzos vienen dedicando organismos internacionales, países desarrollados y ONGs. Aunque no existe una única causa para esta situación, pueden enumerarse varias de carácter natural y humano: existencia de enfermedades endémicas y epidémicas, climatología adversa, geografía abrupta, infraestructura de transporte y sanitarias rudimentarias, carencias de recursos, creencias y prácticas culturales.

Todas ellas son principio y resultado de la pobreza, contribuyendo a perpetuarla.

El lento avance conseguido hasta ahora en su erradicación no debe ser motivo para desistir en los empeños para mejorar la situación de estos pueblos, tanto con iniciativas de carácter global, como con otras de objetivos más concretos y limitados que complementen a las anteriores. Ante ello se ha empezado a desarrollar una nueva forma de actuación, que intenta involucrar de formas más activas a las comunidades locales en la gestión de los proyectos de ayuda al desarrollo.

La Asociación Sembrando Salud tiene un proyecto sólido y los recursos humanos necesarios con el cual está formando los tan necesarios Agentes Comunitarios de Salud que son corresponsables en el desarrollo y mejoramiento de la calidad de vida en sus comunidades a través de la poderosa herramienta del co-





nocimiento que adquieran. Cuenta con la “Fundación de Medicina Tropical”, que avala con certificados los conocimientos de los Agentes Comunitario de Salud. Su finalidad es lograr que las poblaciones menos favorecida tenga acceso rápido, seguro y confiable a un servicio de salud dentro de su habitad natural, sin alterar su ritmo de vida, sino mas bien que lo adapten como una forma de vida.

El mayor interés de la Asociación es contribuir de manera responsable y en equilibrio con la naturaleza y cultura de las poblaciones al bienestar físico y mental de los niños en edad escolar ya que hemos observado que debido al elevado índice de enfermedades tropicales en la zona tienen problemas como anemia, déficit de la atención, trastornos del aprendizaje, desnutrición, y esta población tan importante afectada por estas dolencias es el futuro y la esperanza de desarrollo de esta región.

Por eso se llega a cuidar de ellos a través de todos los cambios de comportamiento y el desarrollo de conductas saludables dentro de su ambiente diario para prevenir estas enfermedades, y que posteriormente ellos ayuden a lograr tener aldeas saludables con un agente comunitario de salud, quien les proporcionara medicina y supervisión de tratamientos sin que para ello deban trasladarse a lugares lejanos o invertir mucho dinero.

DÓNDE

En el municipio de Careiro Castanho que está en el Estado Brasileño de la Amazonia, cuya capital es Manaus. Está formado por 155 comunidades dispersas con una población de unos 29.328 habitantes. Viven en pequeños caseríos, las casas son de madera y hojas de palmeras, que constituyen la vivienda típica de la zona. El acceso por vía fluvial es de 168 km, en los barcos regionales son 12 horas. Por tierra, 102 km en línea recta, en transporte particular 4 horas, se debe cruzar el río en balsa a partir del puerto de Careiro da Várzea, posteriormente continuar por la carretera BR-319. La lejanía a la capital y precariedad de las infraestructuras de acceso mantienen la región en una situación ambiental muy poco afectada por la actividad humana, dotán-

dola de un gran atractivo natural con gran diversidad de aves y peces. Sin embargo, este estado paradisiaco conlleva un aumento de las distancias y las dificultades para que la población acceda a los centros de salud, donde recibir la atención sanitaria adecuada. Este es un problema común a muchas de las regiones amazónicas.

Allí, la Asociación Sembrando Salud ha comenzado la formación de 44 Agentes Comunitarios de Salud que se han convertido en punto de referencia para salud y son los primeros en ver que otros municipios necesitan contar con una formación como la que ellos han recibido. Sembrando Salud te invita a ser parte de este grupo para mejorar la calidad de vida, mediante plena solidaridad, por personas que enriquecen nuestra existencia mediante la formación. ■

NECESITAMOS TU AYUDA

Queremos conseguir un grupo de amigos socios colaboradores que nos ayuden a cubrir el presupuesto anual de 55.500 € y la adquisición Toyota hilux 4 x 4 de 37.347 € con los cuales continuaremos asegurando la asistencia sanitaria a través de la formación de Agentes Comunitarios de Salud, con el objetivo de dar continuidad a soluciones integral en los municipios del Amazona.

MÁS INFORMACIÓN

www.sembrando-salud.org
www.fundaciondelvalle.org

“El mayor interés de la Asociación es contribuir de manera responsable y en equilibrio con la naturaleza al bienestar físico y mental de los niños en edad escolar”



Asociación de Abogados del Estado

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

Reflexiones sobre el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Juan José Zabala Guadalupe

Abogado del Estado
Servicio Jurídico de la AEAT

1. INTRODUCCIÓN

La directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, fijó como objetivo de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia el acceso a métodos de resolución de conflictos judiciales y extrajudiciales y concretó el 21 de mayo de 2011 como fecha límite para entrada en vigor de la normativa nacional de trasposición de la Directiva.

Así, la DF tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, instó al Gobierno a remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

El Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, afectado por corrección de errores publicada en el BOE el 16 de marzo de 2012, se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil prevista en el art. 149.1 6ª y 8ª de la Constitución. Sobre este particular, procede formular varias observaciones:

a) El RD Ley se aplica a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, siempre que su objeto verse sobre materias que sean de la libre disposición de las partes. Con ello excluye directamente el derecho de familia, caracterizado precisamente por afectar a cuestiones indisponibles, la mayoría de ellas relacionadas con el estado civil de la persona (filiación, matrimonio, menores y capacidad). En relación con la mediación familiar, varias Comunidades Autónomas¹ ya cuentan con legislación reguladora de la materia, engarzada competencialmente en el artículo 39 de la Carta Magna, que proclama la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protec-

ción integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación.

b) Las Comunidades Autónomas con derecho civil propio podrían regular cuestiones atinentes al derecho procesal, en la medida en que éstas se deriven de las particularidades propias de su derecho civil foral sustantivo. El TC en su S. 31/2010, de 28 de junio, interpretó que la mediación no constituye materia procesal, al no constituir presupuesto de acceso a la jurisdicción. Así, afirmó² que el art. 106.2 de la LO 6/2006, de 19 de Julio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Cataluña, no incluye necesariamente entre “*los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos*” aquellos que, como el arbitraje, comportan un equivalente jurisdiccional o constituyen un presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción, de manera que, así entendidos, referidos a fórmulas de autocomposición extrajudicial, como la conciliación o la composición, aquellos instrumentos y procedimientos no merecen objeción alguna en su confrontación con el art. 149.1.5ª y 6ª CE.

c) Se excluyen, además, de manera expresa del ámbito de aplicación de la ley la mediación penal, con las Administraciones Públicas, la laboral y la mediación en materia de consumo.

d) El recurso a la excepcional figura del Real Decreto Ley se justifica en la Exposición de Motivos por la demora de España en la trasposición de la directiva referida. Cabe en este punto traer a colación la Jurisprudencia del TC en materia de apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad habilitante de la posibilidad del Gobierno de dictar normas con rango de ley que adopten la forma de reales decretos leyes: De acuerdo con esta doctrina, la apreciación de la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno en primer término y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario, no siendo posible

“El RD Ley se aplica a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, siempre que su objeto verse sobre materias que sean de la libre disposición de las partes. Con ello excluye directamente el derecho de familia”

un control por parte de este Tribunal Constitucional de esa valoración que permita una revisión de fondo del juicio político, más allá de la constatación de que no se trata de una decisión abusiva o arbitraria (por todas, Ss.TC 182/1997, de 28 de octubre [RTC 1997, 182], F. 3; 11/2002, de 17 de enero [RTC 2002, 11], F. 4; 137/2003, de 3 de julio [RTC 2003, 137], F. 3; y 189/2005, de 7 de julio [RTC 2005, 189], F. 3). A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la “*extraordinaria y urgente necesidad*” siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar el decreto-Ley y que son, básicamente, “*los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma*” (Ss.TC 29/1982, de 31 de mayo [RTC 1982, 29], F. 4; 182/1997, de 28 de octubre [RTC 1997, 182], F. 4; 11/2002, de 17 de enero [RTC 2002, 11], F. 4; y 137/2003, de 3 de julio [RTC 2003, 137], F. 3), debiendo siempre tenerse presentes “*las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los Decretos-Leyes enjuiciados*” (Ss.TC 6/1983, de 4 de febrero [RTC 1983, 6], F. 5; 182/1997, de 28 de octubre [RTC 1997, 182], F. 3; 11/2002, de 17 de enero [RTC 2002, 11], F. 4; y 137/2003, de 3 de julio [RTC 2003, 137], F. 3).

2. CONCEPTO Y DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES

La EM del RD Ley 5/2012, de 5 de marzo concibe la mediación como un método autocompositivo de resolución de controversias que pretende el recurso a los tribunales de justicia como último remedio de la situación de desacuerdo o enfrentamiento de las partes, de modo que aspira a convertirse en un elemento de alivio de la carga de trabajo que soportan los órganos jurisdiccionales, intentando reconducir a la jurisdicción,

como último remedio, las situaciones a en las que las partes han intentado infructuosamente la resolución de la controversia. El preámbulo de la Directiva 2008/52/CE considera que la mediación puede dar una solución económica y rápida a los conflictos surgidos entre las partes, de modo que posibilita la conservación de una relación estable y amistosa entre las partes.

El art. 1 del RD Ley define la mediación como el medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

En el camino de acotar con precisión su naturaleza jurídica y perfiles, debe diferenciarse la mediación de otras fórmulas autocompositivas y heterocompositivas de resolución de conflictos:

a) Arbitraje: La mediación se diferencia del arbitraje, aun compartiendo con él su carácter extrajudicial, en que aquél gravita sobre la resolución del litigio por un tercero ajeno a las partes; es por tanto un medio heterocompositivo de resolución de controversias. El árbitro dicta un laudo de obligado cumplimiento, e impone a las partes su solución, en tanto que el mediador únicamente intenta acercar la postura de las partes en conflicto, sin intervenir en la adopción de la decisión final, hasta que estas alcancen por sí mismas un acuerdo.

b) Contrato de mediación o corretaje: Se trata de un contrato atípico, bilateral, consensual y aleatorio (STS de 30 de marzo de 2007) por el que una de las partes (el mediador o corredor), indica a otra la oportunidad de celebrar un determinado contrato o consigue la celebración del mismo (STS 878/2011, de 25 de noviembre). Comparte con la mediación el objeto, que consiste en facilitar la aproximación entre las partes, sin intervenir en el acuerdo (STS de 18 de marzo de 2010). Ambas figuras tienen además en común un elemento subjetivo tripartito: Dos partes que pretenden un acercamiento y un mediador que no

“La EM del RD Ley 5/2012, de 5 de marzo concibe la mediación como un método autocompositivo de resolución de controversias que pretende el recurso a los tribunales de justicia como último remedio de la situación de desacuerdo o enfrentamiento de las partes”

interviene con su consentimiento en la perfección del contrato. Sin embargo, la mediación como modo autocompositivo de solución de controversias se diferencia del contrato de mediación o corretaje en dos notas esenciales; Por un lado, en el elemento objetivo: En el contrato de mediación, el mediador busca la oportunidad o acerca posturas con la intención de que las partes logren un acuerdo, celebren un contrato y en definitiva, pongan en pie una relación contractual mediante la manifestación del consentimiento. Sin embargo, la figura de la mediación pretende la intervención del tercero para solventar una controversia derivada, en la mayor parte de los casos, de la interpretación y ejecución de un contrato preexistente; por otro lado, se distinguen en el elemento formal: La formalización del acuerdo que surge de la mediación del modo previsto por el RD Ley (notarial o judicialmente) añade un plus formal esencial derivado de su consideración como título ejecutivo y aquí es donde radica, a mi juicio, la ver-

“La mediación se diferencia de la conciliación judicial, en manos de los Secretarios Judiciales a partir de la reforma de la LEC de 1881 operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, simple y llanamente en el elemento subjetivo del mediador”

dadera novedad de la ley porque, como fácilmente podrá comprenderse, la figura de la mediación tal y como la conforma la nueva ley (salvo en la atribución de la condición de título ejecutivo), ya podía lograrse mediante el recurso a la autonomía de la voluntad de las partes consagrada en el art. 1255 del Cc.

c) Conciliación previa al proceso³: La mediación se diferencia de la conciliación judicial, en manos de los Secretarios Judiciales a partir de la reforma de la LEC de 1881 operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, simple y llanamente en el elemento subjetivo del mediador. Mientras en la conciliación judicial, el art. 471 de la LEC de 1881⁴ atribuye competencia a los secretarios judiciales, el RD Ley entrega la mediación a un mediador designado por las partes de acuerdo con el procedimiento que se examina más adelante. Al igual que en la mediación, en la conciliación el Secretario no impone la solución, sino que intenta un acercamiento de las partes con el fin de alcanzar un acuerdo.

d) También guarda distancia la mediación con el contrato de transacción, insuperablemente definido por el art. 1809 del Cc, como el contrato por cuya virtud las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Dicho precepto comprende pues la transacción extrajudicial, que tiene lugar antes del nacimiento del pleito, y la judicial, que discurre ya en el seno de la jurisdicción:

De la transacción judicial y extrajudicial se diferencia la mediación fundamentalmente en el elemento personal, pues en el contrato de transacción no interviene propiamente un tercero ajeno a las partes, sino que en la búsqueda del acuerdo sólo están presentes las partes. Ahora bien, no es este un elemento determinante para la distinción, pues nada impide que en el contrato de transacción las partes se sirvan de un tercero que actúe a modo de mediador, y esta circunstancia en nada afectaría a la naturaleza y efectos propios del contrato.

De la transacción extrajudicial se separa en el plano de los efectos, que podemos deslindar en dos aspectos:

En primer término, el art. 1816 del Cc establece que la transacción tiene para las partes los efectos de cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial. El efecto de cosa juzgada⁵ impide la iniciación de un proceso cuyo objeto coincida con el objeto del contrato de transacción, pero este efecto se produce una vez alcanzado el acuerdo transaccional, mientras que en caso de la mediación, su sola iniciación impide ya la iniciación de un proceso judicial.

En segundo lugar, la improcedencia de la vía de apremio consagra el carácter no ejecutivo del acuerdo transaccional extrajudicial, a diferencia de la mediación, de modo que ante el incumplimiento de lo acordado por una de las partes en el seno de la transacción, la otra debería obtener una resolución judicial de condena para, consiguiendo así un título ejecutivo, acudir a los Tribunales instando la ejecución forzosa de lo pactado.

e) Mediación jurisdiccional: Recuérdese que el art. 415 de la LEC, como fase necesaria de la audiencia previa, en sede de regulación del procedimiento ordinario, incluye lo que denomina “*intento de conciliación o transacción*”, en la que el Juez, previo examen de las condiciones de capacidad y poder de disposición de las partes, homologa el acuerdo alcanzado poniendo fin a la controversia. En este supuesto es el Juez el que intenta avenir a las partes, no evitando el pleito, que ya ha surgido, pero sí evitando su más largo desenlace: el juicio, la sentencia y los recursos. En este caso, el Juez, ejerciendo una potestad ajena a la estrictamente jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE), asume por ministerio de la ley y con todo protagonismo el papel de cualificado mediador. Desde luego que las garantías que ofrece esta mediación son insuperables:

Las partes comparecen asistidas jurídicamente por sus abogados, plenamente informadas y conscientes de las consecuencias de la decisión; el Juez, jurista experto y profundo conocedor del ordenamiento jurídico, ha tenido ya oportunidad de examinar sus pretensiones plasmadas en los escritos de demanda y de contestación; examina la capacidad y poder de disposición de las partes; y finalmente se deja a las partes abierta la vía de recurso contra el acuerdo que han alcanzado.

3. LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

Se refiere a ellas el art. 5 de la Ley afirmando que son las entidades públicas o privadas y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la mediación, incluida la designación de mediadores. Ha querido el precepto referirse de modo expreso a las corporaciones de derecho público, pues ya quedaban incluidas en la mención de entidades públicas, queriendo quizás así destacar de algún modo su protagonismo en la mediación. La mención al impulso de la mediación como finalidad de las entidades que la asuman ha de referirse primordialmente a las entidades privadas, puesto que las entidades públicas, salvo que por su propia naturaleza estén vinculadas al cumplimiento de fines determinados sólo tienen y pueden tener como finalidad la consecución del interés general (art. 103 de la CE y art. 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Analicemos a continuación las vicisitudes que pueden producirse en torno a ellas:

a) Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación: Están configuradas por la ley 3/1993, de 22 de marzo como corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines que actúan como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin me-

noscabo de los intereses privados que persiguen. Desde luego que la ley piensa en ellas como instituciones de mediación, al haber modificado el art. 2.1 i) de su ley reguladora para añadir entre sus fines *“el desempeño de funciones de mediación y arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente”*. Las Cámaras podrán asumir directamente la mediación o, por mor de la previsión contenida en el apartado 4 del art. 2 de la Ley 3/1993⁶ promover o participar en toda clase de asociaciones, fundaciones y sociedades civiles o mercantiles, así como establecer entre sí los oportunos convenios de colaboración. Por tanto, pueden asumir la mediación directamente o mediante la constitución de otras personificaciones jurídico privadas para la asunción de las funciones de mediación.

b) Colegios profesionales: La Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, no establece como finalidad de los Colegios Profesionales (art. 5), ni de los Consejos Generales de Colegios Profesionales (art. 9) la asunción de funciones de mediación. Es por ello que será la ley reguladora de cada Colegio Profesional⁷ o los estatutos⁸ los que han de acoger como fines del colegio el impulso de funciones de mediación. Como corporaciones de derecho público dotadas de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, pueden igual que las Cámaras, constituir otras personas jurídico privadas para la promoción y asunción de funciones de mediación.

c) Fundaciones:

1) Fundaciones constituidas por particulares: No son sino patrimonios en los que la unidad de los bienes, derechos y obligaciones que los componen deriva de su afectación a un fin concreto y determinado de interés general. El TC en su STC 49/1988, de 22 de marzo⁹ (RTC 1988, 49) consideró que la fundación nace de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado

y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Recalca el TC que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33), lo que permite entender que aquel derecho es una manifestación de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una per-

“La mención al impulso de la mediación como finalidad de las entidades que la asuman ha de referirse primordialmente a las entidades privadas, puesto que las entidades públicas, sólo tienen y pueden tener como finalidad la consecución del interés general (art. 103 de la CE y art. 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)”

sona jurídica para asegurar los fines deseados (F. 5).

A mi juicio, el problema fundamental de la consideración de una fundación creada por personas físicas o jurídicas privadas como institución de mediación radica en que la promoción de la mediación, sólo artificiosamente puede considerarse como un fin de interés general que justifique su constitución al amparo del art. 34 de la CE: Sólo podría construirse esta idea sobre la consideración de la promoción de la me-

“Sorprendentemente la ley no contempla de modo expreso el principio de libre elección de mediador, si bien entiendo que ha de quedar inexcusablemente embebido no sólo en la configuración y naturaleza jurídica de la figura, gobernada por la autonomía de la voluntad de las partes, sino en el principio de ‘voluntariedad’ expresamente acogido por el art. 6”

diación como una actividad beneficiosa para el interés general, cuestión discutible si tenemos presente que dicho interés particular del fundador no ha de identificarse con el interés general que por mandato del art. 103 han de perseguir las Administraciones Públicas. Se aproxima más bien al privado en la resolución autocompositiva y extrajudicial de una controversia estrictamente privada y que sólo a los interesados en ella puede afectar. Entiendo que el interés que legitima la creación de fundaciones de derecho privado ha de ser superior, predicable de la sociedad en su conjunto y no de alguna o algunas personas individualizadas, concretado en actividades determinadas y apreciable en la medida en que se trate de actividades que precisen ser completadas o ejercitadas por particulares¹⁰ en beneficio de la sociedad en su conjunto.

2) Fundaciones públicas: La situación se torna distinta en relación con las fundaciones del sector público, respecto de las que el TC declaró en su S. 120/2011 que su creación no constituye ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 34.1 CE, sino una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el art. 103.1 CE en el sentido de configurar el Derecho propio de la Administración pública, considerándolas personificaciones instrumentales con forma fundacional constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tiene normativamente encomendados.

d) Asociaciones: Constituidas en el ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 22 de la CE mediante un acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación (art. 5 de la LO 1/2002, de 22 de marzo). La mención a la promoción e impulso de la mediación habrá

de constar en los estatutos, pues el art. 7.1 d) de la LO 1/2002 contempla como contenido obligatorio de los estatutos la determinación de los fines y actividades de la asociación.

4. EL MEDIADOR

A. Elección del mediador

Sorprendentemente la ley no contempla de modo expreso el principio de libre elección de mediador, si bien entiendo que ha de quedar inexcusablemente embebido no sólo en la configuración y naturaleza jurídica de la figura, gobernada por la autonomía de la voluntad de las partes, sino en el principio de “voluntariedad” expresamente acogido por el art. 6. El RD Ley posibilita que la elección pueda realizarse de dos formas: En el propio pacto por el que se acuerda someter una determinada controversia a mediación (que puede ser a su vez el mismo contrato que establece y regula la relación contractual entre las partes u otro anterior o posterior) o en otro acuerdo diferente. Por otra parte, la elección puede identificar de forma precisa y directa a la persona física que ejercerá las funciones de mediación o, dado que entre las finalidades que puede asumir la institución de mediación, se cuenta la elección de mediadores, recaer sobre la institución de mediación, de modo que sea ésta la que en cada caso concreto, y con arreglo a sus criterios, designe a un determinado mediador.

Cabe además plantearse si es posible que la mediación se encomiende a dos o más personas simultáneamente en una suerte de “tribunal de mediación”. Piénsese en el supuesto en el que cada una de las partes quisiera nombrar a uno o incluso varios mediadores de su confianza para el ejercicio de tales funciones (p.e. sus abogados o asesores); o se tratara de asuntos de extraordinaria complejidad en los que sea precisa la concurrencia de conocimientos especiales correspondientes a disciplinas dispares; O que fuera adecuada la obtención de un punto de vista plural sobre una

cuestión determinada. Pese a que la ley se refiere al mediador en singular¹¹ no parece que existan en ella obstáculos a la admisión de esta figura, siempre que quede salvaguardada la responsabilidad civil de los mediadores, que será personalísima por imposición del RD Ley.

B. Ejercicio voluntario de la mediación

El mediador no está obligado a ejercer las funciones de mediación. Así lo prevé el art. 13 del RD Ley:

“El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste aquélla”.

Dicha acta es necesaria para entender intentada la mediación, cumpliendo así la obligación de intentar el procedimiento de mediación prevista, para el caso de la existencia de pacto, en el art. 6 del RD Ley, lo que desbloquearía el acceso a la jurisdicción.

El art. 13.3 establece taxativamente la prohibición de inicio de la mediación y la obligación de abandono de la ya iniciada al mediador en el que concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad. Cabe formular al respecto dos comentarios:

En primer término, la incondicional afirmación del precepto se ve atemperada por su apartado 5º, en el que le permite aceptar o continuar la mediación si las partes hacen constar por escrito su consentimiento y el mediador asegure poder continuar su mediación de modo imparcial.

En segundo lugar, el propio RD Ley se encarga de “tipificar” esas causas que pueden afectar a su imparcialidad¹² quizás de modo excesivamente riguroso. Ciertamente, puede suceder que el mediador tenga o haya tenido alguna vinculación empresarial, profesional o personal con una de las partes o con las dos, y ello no redundar un ápice en su actitud imparcial, en su voluntad de intermediar en la consecución de un acuerdo entre ambas o en definitiva, en la conveniencia de su designación y actuación como mediador. Imaginemos el

caso del Abogado que desaconseja a su cliente la iniciación de un largo y costoso pleito ofreciéndose a mediar con la otra parte en la consecución de un acuerdo; o el Notario que es requerido o se ofrece a mediar en la partición de la herencia entre varios hermanos, aun habiendo mantenido relación profesional o incluso personal con alguno o algunos. A mi juicio, es correcto y necesario que el mediador manifieste de forma completa y clara las relaciones sostenidas con las partes y que sean éstas las que expresen su voluntad de iniciar o continuar la mediación, incluso considerando que la mediación se inicia o continúa si alguna de las partes no manifiesta su voluntad expresa en contra. De este modo, parece más adecuado matizar el rigor del art. 13.4 con lo dispuesto en el art. 13.5.

C. Condiciones para actuar como mediador

La ley incluye en su artículo 11 una norma aparentemente amplia y flexible, por cuya virtud *“pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que pueden estar sometidos en el ejercicio de su profesión”*. Sin embargo, esta apariencia va oscureciéndose a medida que se profundiza en el calado de la regulación de la figura.

El art. 11.2 del RD Ley alude a la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que incluirán la impartición de conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación así como de ética de la mediación. En este punto la ley ha establecido pues una dicotomía entre instituciones de acreditación e instituciones de mediación, que podrán coincidir, pero no necesariamente. Se configura así una doble barrera en el acceso a las funciones de mediación: la primera, la obligación legal de la realización y superación del curso referido, y la segunda, de hecho, determinada por la pertenencia a una

determinada institución de mediación, pues en la mayoría de los casos serán las Cámaras y Colegios Profesionales quienes asumirán el protagonismo en la designación de mediadores y ello va a traducirse en la colegiación o integración forzosa en alguna corporación.

Entiendo que hubiera sido más acertada la exigencia de más sólidos conocimientos a cambio del establecimiento de la obligación de superación de cursos, al menos la licenciatura o grado; y si se quiere, la pertenencia a la institución de mediación correspondiente¹³. Con ello se hubiera conseguido eliminar al menos una de las barreras de acceso a la condición de mediador, manteniendo la

“A mi juicio, es correcto y necesario que el mediador manifieste de forma completa y clara las relaciones sostenidas con las partes y que sean éstas las que expresen su voluntad de iniciar o continuar la mediación, incluso considerando que la mediación se inicia o continúa si alguna de las partes no manifiesta su voluntad expresa en contra”

pertenencia o integración a la institución de mediación como requisito necesario en la mayoría de las mediaciones. En concreto, sería conveniente la exigencia del grado en derecho; y ello por una cuestión práctica esencial: deben residir en el mediador conocimientos profundos del sistema de obligaciones, pues al fin y al cabo, la mediación civil o mercantil va a solventar una controversia sobre la perfección, consumación, interpretación o extinción de contratos. A ello se añade que el acuerdo finalmente alcanzado entre las partes va a tener que ejecutarse, voluntariamente o en sede jurisdiccional. La redacción técnicamente correcta de este acuerdo, en la que colaborará decisivamente el mediador, será determinante de la fiel plasmación de la verdadera voluntad de las partes y de la adecuada ejecución voluntario a jurisdiccional de lo acordado.

Conviene ultimar este apartado con una breve mención a la condición de mediadores de los Notarios. Entiendo que existen sólidos argumentos para encomendar a estos profesionales las tareas mediadoras:

a) Su profundo conocimiento y especialización en Derecho civil y mercantil.

b) Su extendida demarcación territorial, que abarca la totalidad del territorio nacional: piénsese que en multitud de municipios existirá Notario pero no otros profesionales aptos para el ejercicio de la mediación.

c) Su imparcialidad, derivada de su condición de funcionarios públicos: el Tribunal Constitucional se ha referido al carácter de funcionarios públicos de Notarios y Registradores en su sentencia 207/1999, de 11 de noviembre (RTC 1999, 207). Y ya antes había afirmado el carácter de funcionarios públicos del Estado de los Notarios en la STC 120/1992, de 21 de septiembre (RTC 1992, 120), que, a su vez invocaba la doctrina contenida en la anterior STC 87/1989 (RTC 1989, 87).

d) Y sobre todo, la facilidad derivada de la documentación pública de las actas, que se convierte en fundamental

en tres momentos: en el momento inicial, levantando el acta de constitución de la mediación; durante el desarrollo de las actuaciones de mediación, en los supuestos en que las partes puedan asumir gradualmente obligaciones o renunciar a derechos en las sucesivas sesiones de mediación: piénsese que no siempre las partes aguardarán a la finalización del proceso para plasmar un acuerdo completo y perfecto, sino que el resultado de la mediación puede estar condicionado a la paulatina asunción de compromisos por las partes, para cuya seguridad es indispensable la escritura pública. Y finalmente en la formalización del acuerdo, cuya plasmación en escritura pública le reviste de la condición de título ejecutivo.

No obstante, entiendo que para la atribución de tal función a los Notarios, como funcionarios públicos, si bien retribuidos mediante sistema de arancel, sería conveniente una mención expresa en un precepto con rango de ley para disipar así cualquier duda atinente a la correcta cobertura de la reserva de ley contenida en el art. 103.3 de la CE. Cabe recordar que el TC en su S. 99/1987, de 11 de junio acotó el sentido de la expresión "régimen estatutario de los funcionarios públicos" en el siguiente sentido: *"Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también*

la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta normación, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda".

Especialmente la asunción de derechos deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes a su intervención en funciones de mediación pueden entrar a formar parte del concepto de régimen estatutario, por lo que no parece desatinada una modificación de la Ley del Notariado con el fin de reconocer de forma plena y segura la asunción de tales funciones por unos profesionales especialmente capacitados para desenvolverlas.

D. Responsabilidad del mediador

La determinación de esta responsabilidad ha de examinarse a la luz de varios preceptos de la ley no fácilmente armonizables:

a) En relación con las instituciones de mediación, el art. 5.1 del RD Ley les impone con carácter subsidiario la asunción de la responsabilidad civil derivada de la actuación de los mediadores por ellas designados¹⁴. Repárese en que no

se restringe a ningún tipo de responsabilidad, por lo que ha de entenderse que abarca toda la responsabilidad civil. La responsabilidad civil subsidiaria se hace efectiva, en primer lugar, sobre los bienes del responsable principal y para el sólo evento en el que éstos sean insuficientes, respondería la institución.

b) Por otro lado, el art. 11.3 de la ley exige a todo mediador la suscripción de un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación. Si el mediador ha cubierto su responsabilidad mediante un seguro o garantía equivalente (aval bancario, depósito...) suficientes, la responsabilidad subsidiaria de la institución de mediación no se desencadenará jamás, pues quedaría cubierta en todo caso por el seguro. Y si el mediador ha limitado en su contrato de seguro o en la garantía ofrecida la cuantía de su responsabilidad civil a un nivel ínfimo, la institución de mediación asumirá toda su responsabilidad.

c) Finalmente, el art. 14 de la norma, tras proclamar la obligación del mediador de cumplimiento fiel del encargo, configura una responsabilidad solidaria del mediador y de la institución determinando que su incumplimiento conlleva la responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo, otorgando al perjudicado acción directa contra el mediador y, en su caso, contra la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La mención al dolo y temeridad y la necesaria diferenciación de la responsabilidad proclamada en el art. 5.1 apuntan a la responsabilidad civil derivada de ilícitos penales.

Parece razonable armonizar estos preceptos distinguiendo varios supuestos:

a) Designación del mediador por las instituciones de mediación: En este caso será la institución la que asuma en todo caso la responsabilidad civil contractual y extracontractual de forma subsidia-

ria, con independencia de que el mediador pueda cubrir su responsabilidad mediante un seguro de responsabilidad civil. Los términos del RD Ley son terminantes al respecto: *“asumirán subsidiariamente la responsabilidad derivada de su actuación”*. Y parece razonable entender que el RD Ley obliga a la institución y al mediador a responder solidariamente de la responsabilidad civil derivada de ilícitos penales. Es lógico pensar que la institución de mediación exigirá a los mediadores por ella designados la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra la cuantía por ella determinada

b) Designación directamente por las partes de un mediador no adscrito a una institución de mediación. Ha de concertar obligatoriamente un seguro de responsabilidad civil que cubra íntegramente su responsabilidad civil.

5. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

1. Iniciación

Se regula en el título IV de la Ley. El procedimiento se inicia mediante una solicitud presentada ante la institución de mediación o ante el propio mediador. La ley distingue dos supuestos:

a) Que la solicitud se presente *“de común acuerdo”*: Debe entenderse que la ley pretende que ambas partes firmen la solicitud como manifestación primera de su voluntad de someter el asunto a mediación, esto es, permitiendo que la solicitud sea el acto que formalice el acuerdo de las partes de someter la cuestión controvertida a mediación¹⁵. Es por ello que sólo en este caso exige la designación del mediador o institución de mediación, el lugar donde se llevarán a cabo las actuaciones y la lengua del procedimiento. Mayor flexibilidad hubiera otorgado al procedimiento la simple presentación de la solicitud de mediación, que si ha de hacerse ante una institución o ante el propio mediador, ya suponen su designación, y dejar libertad para la determinación del lugar y la lengua a un momento posterior.

b) Por una de las partes, en ejecución de un acuerdo previo de un pacto de mediación. No aclara la norma si el pacto consiste simple y llanamente a la sumisión a mediación de la controversia, o si es preciso, como en el supuesto de iniciación por acuerdo, hacer constar el lugar, la lengua y la solicitud de mediación o basta manifestar el deseo de iniciación del procedimiento. A mi juicio, en aplicación del principio de libertad, voluntariedad y flexibilidad, basta con que la solicitud designe al mediador o se presente ante el mediador determinado en un pacto preexistente, dejando en sus manos o en el acuerdo posterior de las partes la concreción del resto de las cuestiones.

“Si el mediador ha cubierto su responsabilidad mediante un seguro o garantía equivalente (aval bancario, depósito...) suficientes, la responsabilidad subsidiaria de la institución de mediación no se desencadenará jamás, pues quedaría cubierta en todo caso por el seguro”

La redacción del RD Ley en este punto puede inducir a confusión, puesto que no deslinda con precisión el acuerdo de mediación de la solicitud de iniciación del procedimiento: el acuerdo de sometimiento de una cuestión a la tarea del mediador es evidentemente un acto jurídico bilateral, por ser fruto del acuerdo de las partes; sin embargo, la solicitud de iniciación del procedimiento no es un acuerdo de voluntades del que resulte una suerte de “pacto de solicitud” sino un acto jurídico unilateral, unívoco si lo solicita una de las partes, y múltiple si lo solicitan ambas. Una vez acordada la

sumisión a mediación cualquiera de las partes o ambas pueden desencadenar el procedimiento, pero no hay diferencia entre el supuesto en el que lo solicite una o las dos, por la sencilla razón de que en ambos casos se trata de la ejecución de un pacto previo. Es por ello que carece de sentido que el precepto comentado establezca diferencias entre el contenido de la solicitud atendiendo a si se trata de una iniciación de “común acuerdo” o “por una de las partes”, exigiendo mayores requisitos (determinación del lugar u lengua de las actuaciones) en el primer caso. Lo relevante es que exista pacto de sumisión a mediación; si éste determina detalles del procedimiento, así se aplicará, salvo otro pacto en contrario. Y si no alude a estas circunstancias, serán las partes, una vez iniciado el procedimiento, las que acuerden el modo de llevarlo a cabo dentro de los límites de la ley.

2. Efectos de la iniciación

A. Interrupción de los plazos de prescripción y caducidad

Se regula en el artículo 4, integrado sistemáticamente entre las disposiciones generales de la ley, cuando es lo cierto que constituye un efecto propio de la iniciación del procedimiento, estableciendo que *“el comienzo de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de las acciones”*.

La ley acota el período durante el que se prolonga la suspensión. Vaya por delante que, pese a que no distingue en este supuesto entre prescripción y caducidad, la precisión del lapso temporal durante el que se produce la suspensión sólo puede aplicarse a los plazos de prescripción, pero no a los de caducidad, precisamente porque el plazo de caducidad no es susceptible de interrupción. En efecto, la caducidad o decadencia del derecho se produce con el transcurso del plazo establecido por ministerio de la ley o por la voluntad de las partes para su ejercicio. Es por ello que el plazo de caducidad no se interrumpe

ni se suspende, puesto que la extinción del derecho, transcurrido el plazo de su ejercicio, se produce de modo radical y automático. El plazo de prescripción sí puede interrumpirse o suspenderse, dado que tiene su origen en la falta de ejercicio del derecho por el plazo determinado en la ley, que presupone, salvo interrupción, su abandono por el titular. El período de interrupción de la prescripción se acota del siguiente modo:

a) Día inicial: Presentación de la solicitud de mediación por una de las partes o depósito de la solicitud cuando ésta se presenta de mutuo acuerdo.

b) Día final: La firma del acta final del procedimiento, sea con acuerdo, sin acuerdo, o poniendo fin al procedimiento por alguna de las causas previstas por el RD Ley; o el transcurso del plazo de quince días naturales desde el comienzo de la mediación, supuesto en el que el RD Ley, entendiendo de nuevo que ha de referirse sólo a los supuestos de prescripción, afirma textualmente que *“se reanudará el cómputo de los plazos”*.

B. Imposibilidad de acudir a la Jurisdicción

Este efecto de la iniciación aparece regulado en el art. 10.2, en sede de exposición de los principios informadores de la mediación (título II), en el precepto dedicado a *“las partes en la mediación”*. Esta exclusión de la Jurisdicción opera en un plano temporal sucesivo:

a) Antes de la iniciación del proceso judicial: Establece el art. 10.2 que *“durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto”*. La ley configura una especie de “jurisdicción” excluyente y exclusiva del mediador, anteponiéndose incluso a los órganos jurisdiccionales. A continuación, afirma el art. 10.2 que *“el compromiso de sometimiento a mediación impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siem-*

“Una vez acordada la sumisión a mediación cualquiera de las partes o ambas pueden desencadenar el procedimiento, pero no hay diferencia entre el supuesto en el que lo solicite una o las dos, por la sencilla razón de que en ambos casos se trata de la ejecución de un pacto previo”

pre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”⁶. Cabe observar en este punto que una interpretación literal y estricta del art. 10.2 3º del RD Ley podría llevar a un resultado desproporcionado: recordemos que el compromiso de mediación “impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”, con lo que bastaría invocar la existencia de un compromiso de mediación para eludir el proceso judicial. Dicho en otras palabras: no se entrega al tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda la facultad de examinar la validez y eficacia del pacto de mediación y en cumplimiento de lo en él establecido, una vez comprobada su validez y eficacia, inhibirse a favor del mediador, sino que simplemente le impide conocer de la controversia. En una interpretación acorde con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva debe entenderse que las partes pueden interponer demanda judicial en cualquier momento, cualquiera de las partes puede plantear ante el órgano jurisdiccional declinatoria de jurisdicción, y el Juez puede examinarla y desestimarla si considera que el pacto de mediación no es válido o carece de eficacia.

b) Una vez interpuesta la declinatoria: Prevé el precepto comentado que la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones de mediación. Es ciertamente difícil imaginar un caso en el que una de las partes, por considerar inadecuadamente sometida a mediación una controversia, haya interpuesto declinatoria y al mismo tiempo se vea compelida a iniciar o continuar actuaciones de mediación. La mediación no puede desenvolverse sino en un contexto de confianza mutua, que evidentemente quebrará desde el momento en el que cualquiera de las partes acuda a la jurisdicción. Quizás sería más conveniente entender que las actuaciones de mediación quedan suspendidas en tanto el órgano jurisdiccional ratifique la validez del pacto de mediación y su falta

de jurisdicción para el conocimiento de la materia sometida a su enjuiciamiento.

3. Sesión constitutiva

Se regula en el art. 19 de la ley, que prevé la celebración de esta sesión en la que las partes, entre otros aspectos (identificación, designación del mediador, programa de actuaciones, información sobre el coste de la mediación, lugar, lengua...) han de expresar su “deseo de desarrollar la mediación”. Es esta la tercera vez que las partes manifiestan su voluntad o consentimiento de someterse a la mediación: ya lo hicieron en el pacto independiente o incluido en el contrato de que se trate; lo reiteraron en la solicitud (o depósito) como modo de iniciación del procedimiento; y vuelven a manifestarlo en la sesión constitutiva de la mediación.

De esta reunión ha de levantarse acta, firmada por las partes y por el mediador. Cabe en este punto detenerse en la calificación jurídica de este acta y de las que documentan las sesiones posteriores, puesto que la ley se ha encargado de “facultar” a las partes para elevar a escritura pública el acuerdo final y concederle efecto ejecutivo, pero nada dice de las actas del procedimiento. En tanto no intervenga el Notario en la mediación, o no se lleven elevadas a escritura pública posteriormente, estas actas son documentos privados, que por mor de lo dispuesto en el art. 326.1 de la LEC, sólo harán prueba en el proceso en los términos del art. 319 de la LEC, esto es, en tanto no sean impugnados por la parte a la que perjudiquen y que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1225 de la LEC, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes, pero no en relación con terceros. Tráigase ahora a colación que el efecto suspensivo de los plazos de caducidad y prescripción arranca desde el momento de la firma del acta constitutiva (art. 4 de la ley), por lo que si este acta no es levantada por Notario no interrumpirá la prescripción o la caducidad en perjuicio de tercero; Y si

“En una interpretación acorde con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva debe entenderse que las partes pueden interponer demanda judicial en cualquier momento, cualquiera de las partes puede plantear ante el órgano jurisdiccional declinatoria de jurisdicción, y el Juez puede examinarla y desestimarla si considera que el pacto de mediación no es válido o carece de eficacia”

las partes la elevan posteriormente a escritura pública, la interrupción no parará en perjuicio de tercero sino desde la fecha de la escritura pública, no desde la fecha del acta (art. 1227 del Cc).

4. Desarrollo del procedimiento

La ley únicamente dedica a esta cuestión su artículo 20, que afirma que la duración del procedimiento será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones. Aparte de ser una declaración huérfana de alguna consecuencia jurí-

dica, con la loable intención de configurar el procedimiento como barato, ágil y rápido, esconde un principio pernicioso de actuación para el mediador: quizás la rapidez y reducción de las sesiones no sea el camino más certero para un resultado adecuado: por supuesto, esta cuestión quedará decisivamente condicionada por el grado de complejidad de las cuestiones sometidas a mediación, del enconamiento del desacuerdo entre las partes y en definitiva, de circunstancias y casuística que pueden aconsejar la prolongación de la mediación, siempre que el mediador conserve la facultad de dar por finalizado el procedimiento cuanto aprecie irreconciliables las posturas de las partes o cuando con arreglo a las normas de la buena fe, la seguridad jurídica y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva aprecie la necesidad de finalizar la mediación.

Bajo la rúbrica *desarrollo de las actuaciones de mediación*, el art. 22 contempla la posibilidad de que las sesiones se celebren con asistencia de las partes o que tengan lugar “*comunicaciones*” entre el mediador y alguna parte. No prevé, sin embargo, la necesidad de levantar acta de estas reuniones o comunicaciones.

5. Finalización del procedimiento

El procedimiento termina, según el art. 22 del RD Ley:

a) Por el acuerdo de las partes, regulado en el art. 23 del RD Ley, que puede versar sobre todas o algunas de las materias sujetas a mediación. Deberá contener la identificación de las partes, mediador, institución de mediación, mención al cumplimiento del procedimiento de mediación, y obligaciones asumidas por las partes. El acuerdo de mediación no siempre habrá de contener obligaciones en el sentido de dar, hacer o no hacer alguna cosa previsto por el art. 1088 del Cc, sino que puede referirse a la interpretación de las obligaciones preexistentes entre las partes, o a su modo de consumación, renuncia, extinción o incluso podría simplemente

contener admoniciones, deseos o declaraciones de intenciones.

b) Ejercicio por cualquiera de las partes de su derecho a dar por terminado el procedimiento de mediación: Esta forma de terminación no es sino una manifestación del principio de voluntariedad acogido por el art. 6.1. El sometimiento de la controversia a mediación es voluntario y por tanto su abandono también.

c) Finalización del plazo de duración del procedimiento de mediación inicialmente determinado por las partes.

d) Apreciación por el mediador de las posiciones de las partes son irreconciliables. Realmente es esta la única capacidad decisoria que la ley encomienda al mediador como vía de desbloqueo de una situación insalvable en la que la persistencia en el intento de avenencia únicamente puede terminar en el retraso de la solución de la controversia.

e) La renuncia del mediador o “*el rechazo de las partes a su mediador*”, supuestos que determinan la finalización del procedimiento solo en el caso en que las partes no lleguen a nombrar a otro mediador. La redacción del precepto induce a pensar que el rechazo ha de ser acordado por ambas partes. Ello es lógico si se tiene en cuenta que el nombramiento tuvo lugar por acuerdo de las partes (art. 16) o por designación de la institución de mediación, previo consentimiento de las partes. Además, una interpretación lógica obliga a esta conclusión pues, en el caso de que una de las partes rechace al mediador, le basta con ejercer su derecho a dar por finalizadas las actuaciones. Dado que el art. 14 obliga a los mediadores, por su aceptación, al fiel cumplimiento de su encargo, es lógico interpretar que la renuncia del mediador ha de fundarse en una justa causa y en caso contrario el mediador ha de responder de los daños y perjuicios que su renuncia injustificada haya podido causar a las partes.

f) Cualquier otra causa que determine la conclusión. Hace referencia este supuesto residual a casos como la extinción del derecho controvertido, la pérdi-

“Bajo la rúbrica desarrollo de las actuaciones de mediación, el art. 22 contempla la posibilidad de que las sesiones se celebren con asistencia de las partes o que tengan lugar ‘comunicaciones’ entre el mediador y alguna parte. No prevé, sin embargo, la necesidad de levantar acta de estas reuniones o comunicaciones”

da de la cosa que constituía el objeto de la mediación, la muerte o declaración de fallecimiento de una de las partes, etc.

6. Ejecución del acuerdo

A. Formalización del acuerdo de mediación

Una de las novedades esenciales que introduce la ley de mediación es la configuración del acuerdo de mediación como título ejecutivo, modificando mediante su DF segunda 12 el art. 517 de la LEC, y posibilitando el ejercicio de la potestad jurisdiccional ejecutiva para llevar a efecto forzosamente lo acordado entre ellas. Supone el refuerzo del carácter vinculante de lo acordado por las partes, incluso en el caso de que una de ellas se niegue a ejecutarlo voluntariamente. La configuración del acuerdo como título ejecutivo es en todo caso voluntaria, pues está condicionada a su formalización, requisito sin el cual el acuerdo no adquiere tal condición.

La formalización puede producirse por dos vías:

a) Notarial: Se plantea en este punto la duda de si la elevación puede producirse por la voluntad de sólo una de las partes. El art. 23.3.2º del RD Ley establece que el mediador informará a las partes de su derecho a instar la elevación del acuerdo a escritura pública. Y el art. 25.1 prevé que las partes puedan elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un proceso de mediación. A mi juicio, la respuesta difiere en atención a la condición de Notario del mediador.

En el caso en el que el mediador no ostente la condición de Notario: Es claro que el otorgamiento de la escritura pública requiere la comparecencia ante el Fedatario de ambas partes, por lo que es preciso que ambas acudan a su presencia. Cabe preguntarse en este caso si es posible que una de las partes compela a la otra a la elevación. En este punto, y ante el silencio de la ley, procede traer a colación lo dispuesto en el art. 1279 del Cc, por cuya virtud *“si la ley exige el otorgamiento de escritura u otra*

forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquélla forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”. En efecto, la mención *“hacer efectivas las obligaciones”*, encierra también la ejecución forzosa del acuerdo de mediación en sede jurisdiccional cuando una de las partes opone su voluntad a la ejecución del acuerdo. Por tanto, en este supuesto, si una de las partes quisiera configurar el contrato como título ejecutivo, debería instar judicialmente su elevación a escritura pública, y una vez conseguida ésta, instar judicialmente la ejecución del acuerdo de mediación.

Por el contrario, si el Notario ha actuado como mediador, todas las actas de las sesiones del procedimiento, incluida la inicial, ya estarán dotadas de la condición de documento público; y también el acta final, que recoge el acuerdo de las partes, con lo que directamente y sin necesidad de compelerse ni de acudir de nuevo al Notario, las partes disponen directamente de un título ejecutivo para instar judicialmente la ejecución forzosa de lo acordado.

En esta elevación se conceden al Notario inéditas facultades calificatorias¹⁷, de modo que, según el art. 25.2 del RD Ley, el Notario *“verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en este RD Ley y que su contenido no es contrario a derecho”*. Obsérvese que la ley no circunscribe este control al supuesto en el que el Notario fuera mediador, evento en el que su control de legalidad al autorizar el acuerdo coincide con el que le corresponde de ordinario, sino que lo extiende a los supuestos en que haya intervenido cualquier otro mediador, en cuyo caso el Notario se convierte en un primer filtro de legalidad del acuerdo, enjuiciando su ajuste al ordenamiento jurídico y pudiendo denegar su elevación a escritura pública cuando aprecie la vulneración del ordenamiento jurídico.

b) Judicial: Es el caso en el que, estando iniciado un proceso mediante la interposición de la demanda, las partes solicitan la suspensión para iniciar una mediación y alcanzan en su seno un acuerdo¹⁸. A diferencia del resto de las formas de disposición (renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción y sometimiento a arbitraje), la sumisión a mediación, si las partes pretenden que en el futuro continúe el proceso judicial para el caso de no alcanzar el acuerdo, debe hacerse bajo la forma de suspensión del proceso (así lo prevé la nueva redacción del art. 415.3 dada por la DF segunda 11), cuyo plazo determinará directamente el de duración del procedimiento de mediación. De no solicitar la suspensión, la sumisión a mediación simplemente se configuraría como un desistimiento del demandante, de modo que el Juez debería dictar auto de sobreseimiento y cesaría su competencia para la futura homologación del acuerdo. Dicho acuerdo debería entonces elevarse a escritura pública para adquirir la condición de título ejecutivo.

B. Competencia para la ejecución

Distingue el art. 26 del RD Ley entre el supuesto de mediación alcanzada en el seno del proceso y la extrajudicial.

En el primer caso, atribuye la competencia al tribunal que homologó el acuerdo. En el segundo caso, al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se haya firmado el acuerdo de mediación.

En sede jurisdiccional de ejecución del acuerdo de mediación se contiene (art. 28 del RD Ley) otro filtro de legalidad que viene a sumarse al control que realiza el Notario al elevar a escritura pública, entregándose al Juez la posibilidad de denegar ejecución cuando el contenido del acuerdo sea contrario a derecho.

7. Especial mención a la mediación en conflictos transfronterizos

El art. 3 del RD Ley define estos conflictos como aquéllos en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto al

domicilio o residencia de la otra u otras: En este punto la norma se remite a los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 para la determinación del domicilio de las partes.

El art. 27 contiene especialidades relativas a la ejecución de este tipo de acuerdos, y partiendo de una cláusula general de inejecutabilidad de los acuerdos contrarios al orden público español, distingue:

a) Si el acuerdo de mediación ya ha adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado: En este caso sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas. Como es natural, este supuesto queda condicionado a lo que dispongan los tratados internacionales y la normativa de la Unión Europea.

b) En el caso en el que el acuerdo no ha sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera, sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás. Debe entenderse que la elevación a escritura pública ha de hacerse con la comparecencia de todas las partes, personalmente o debidamente representadas. ■

NOTAS

1) Ley 1/2007, de la Comunidad de Madrid; Ley 1/2008 del País Vasco; Ley 7/2001, de la Comunidad Valenciana; Ley 4/2001, de Galicia; Ley 1/2006, de Castilla y León; Ley 9/2011, de Aragón; Ley 3/2007, de Asturias; Ley 1/2011, de Cantabria; Ley 14/2010, de Baleares; Ley 3/2005, de Canarias.

2) Al hilo de la impugnación del art. 106.2 del Estatuto de Cataluña que atribuyó a esta comunidad Autónoma competencia para "establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia".

3) El generoso artículo 470 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de diciembre de 1881 (cuya vigencia en materia de conciliación se debe a la DD única 2ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), vigente hasta la promulgación de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, establecía, en sede de regulación del acto de conciliación regulado por la derogada ley rituaría: "Tanto los demandantes como los demandados se presentarán acompañados cada cual de un hombre bueno. Pueden ser hombres buenos en los actos de conciliación todos los españoles que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles".

4) "Si no hubiere avenencia entre ellos, el Secretario judicial o el Juez de Paz procurarán averniarlos".

5) Art. 222.1 de la LEC: "La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo".

6) Previa autorización de la Administración tutelante, que será la Administración General del Estado o de

las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus estatutos competencias en la materia (art. 22.1 de la Ley 2/1993).

7) Recuérdese que la creación de Colegios Profesionales ha de hacerse por ley, según lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 2/1974.

8) El art. 6.3 k) de la LCP establece como mención obligatoria de los estatutos de los colegios profesionales "los fines y funciones específicas atribuidos al colegio".

9) Doctrina reiterada en el ATC 224/2003, de 1 de julio.

10) Téngase en cuenta que la STC 49/1988 consideró, en relación a la conceptualización de las Cajas de Ahorro como fundaciones que "los fines que hoy persiguen no son principalmente benéficos o benéfico-sociales sino los propios de una entidad de crédito, rechazando identificación pretendida por los recurrentes de las Cajas con fundaciones en el sentido del art. 34 de la Constitución".

11) Arts. 11.2 y 3, art. 13.

12) El art. 13.5 contempla como circunstancias que pueden afectar a su imparcialidad, en todo caso: a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; c) Que el mediador o un miembro de su empresa y organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia.

13) Así lo regula la ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. El art.

12 de La ley 1/2007, de 21 de febrero de Mediación familiar de la Comunidad de Madrid exige estar en posesión de un título universitario de grado medio o superior con validez en todo el territorio nacional y acreditar la realización de las acciones formativas teórico prácticas en los términos que reglamentariamente se determinen.

14) Si bien no se refiere de forma expresa y terminante a que la asunción de esta responsabilidad se refiere al mediador designado por ella, parece lógico así entenderlo, dado que los que la institución señale serán los que pertenecen a su órbita, sea voluntariamente, sea como condición necesaria para el ejercicio de la mediación.

15) En otro punto de la ley (art. 4) a este acto lo llama depósito de la solicitud, para diferenciarlo de una solicitud múltiple o bilateral.

16) De modo coherente con esta previsión, la DF segunda 3 del RD Ley modifica el art. 65 de la LEC en el sentido de ampliar el objeto de control del presupuesto procesal de la jurisdicción mediante declinatoria a los casos de mediación.

17) A Notarios y Registradores, como ha recordado el Tribunal Constitucional en la antes citada STC 207/1999, les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles.

18) Recuérdese que el RD Ley en su DF segunda modifica el art. 19 de la LEC en el sentido de introducir, entre las formas anormales de terminación del proceso, la sumisión a mediación.

Jurisdicción arbitral versus jurisdicción contencioso-administrativa en derecho del deporte: un supuesto de hurto de jurisdicción

Comentario al laudo arbitral: CAS 2007/O/136
Real Federacion Española de Fútbol v/
Liga Nacional de Fútbol Profesional

Catalina Salazar Rasero

Funcionaria de Administración Local con habilitación
estatal Interventora-Tesorera. Categoría Superior

**I) ASPECTOS PREVIOS. RASGOS
ESENCIALES INFORMADORES
DEL DERECHO DEL DEPORTE.
LA ESPECIAL NATURALEZA
DEL DERECHO DEL DEPORTE:
SUPERPOSICION DE DERECHO
PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO**

El derecho del deporte encuentra una especial formulación que informa todo su carácter desde la génesis y formación del mismo. Ésta reside en su carácter inicialmente de derecho privado, y su posterior publicación, de tal manera que actualmente perviven elementos de derecho privado y elementos que implican una intervención pública en la regulación. Constituye esta característica uno de los elementos definidores del derecho del deporte en la actualidad: la tensión entre la normativa propia de las organizaciones deportivas: federaciones, clubes, ligas profesionales por un lado, y por otro la normativa y la regulación pública del mismo, que en España se encuentra fundamentalmente contenida en la Ley 10/1990 de 15 de octubre, Ley del Deporte, actualmente en vigor.

Por otra parte, y como segundo elemento caracterizador del derecho del deporte en la actualidad puede considerarse la tensión existente entre los organismos deportivos internacionales, entre ellas las federaciones internacionales deportivas, y el Comité Olímpico Internacional, y por otra parte, los organismos nacionales, tales como las Federaciones nacionales de las distintas disciplinas deportivas, clubes, y los comités olímpicos nacionales, principalmente.

Un tercer elemento definidor, íntimamente relacionado, y quizás consecuencia de los dos anteriores, no es otro que la tensión existente entre los tribunales ordinarios de ámbito nacional y los tribunales o instancias en el ámbito deportivo, como es el caso del Tribunal Arbitral del Deporte (CAS).

Finalmente, un rasgo esencial que resulta transversal y común a todas estas tensiones que se manifiestan en el ámbito del derecho deportivo, es que cons-

tituyen tensiones no resueltas definitivamente en la actualidad y que suponen una continúa aparición de regulaciones que tratan de paliarlas, otorgando, o al menos procurando otorgar, una mayor clarificación al respecto y por ende mayor seguridad jurídica en el ámbito del derecho que nos ocupa.

Esta continúa actualización, y este continuo esfuerzo de clarificación y regulación constituye una clara revelación de la importancia que actualmente tiene esta disciplina, y el deporte en general en el ámbito económico, social y cultural, lo que ha derivado especialmente en disciplinas como el fútbol en una progresiva mercantilización de las relaciones subyacentes al mismo.

Precisamente, revelador de esas tensiones expuestas, se presenta el caso objeto de análisis, en el que concurren distintos elementos que las ponen de manifiesto: la intervención del tribunal arbitral del deporte, constituye una clara manifestación de la tensión existente entre los tribunales del ámbito deportivo y los tribunales ordinarios; el derecho aplicable al caso, como seguidamente se analizará, supone una manifestación de la coexistencia de normativa deportiva privada y normativa estatal, tanto de derecho del deporte, como de ámbito mercantil. Y finalmente, la intervención de asociaciones internacionales como la federación internacional del fútbol (FIFA) o la liga europea de fútbol profesional (UEFA), que instan a la intervención en la controversia que el caso supone, a la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) frente a la Liga Española de Fútbol Profesional (LNFP), constituye un exponente igualmente claro de la constante tensión entre los organismos internacionales y los organismos nacionales de ámbito deportivo.

El objeto del presente trabajo es el comentario y análisis del Laudo Arbitral o Sentencia del Tribunal Arbitral del Deporte (CAS) en el arbitraje CAS 2007/O/1361 planteado entre la Real Federación Española de Fútbol frente a la Liga Española de Fútbol Profesional.

*“Un rasgo esencial
que resulta
transversal y
común a todas
estas tensiones
que se manifiestan
en el ámbito del
derecho deportivo,
es que constituyen
tensiones
no resueltas
definitivamente
en la actualidad y
que suponen una
continúa aparición
de regulaciones que
tratan de paliarlas”*

Así pues, se procederá en primer lugar al tratamiento de los hechos que dieron lugar a la controversia suscitada, destacando aquellos extremos que resultan de especial interés para el análisis de los fundamentos de derecho en que se basa la Sentencia, atendiendo del mismo modo a aquellos aspectos que pudieran resultar colaterales o estar relacionados con la formulación del laudo y que tienen que ver indudablemente con la formulación o construcción del derecho deportivo, tanto desde una perspectiva de su evolución temporal, como desde el punto de vista de su situación y formulación actual.

II) ANALISIS DEL SUPUESTO DE HECHO

En fecha 1 de agosto de 2007, la LNFP, asociación deportiva de derecho privado integrada exclusiva y obligatoriamente por todas las sociedades anónimas deportivas y clubes que participan en competiciones oficiales de fútbol de ámbito estatal y carácter profesional y a la que corresponde legalmente la organización de dichas competiciones en coordinación con la RFEF, emitió su circular nº 4 de la temporada 2007/2008 en la que se incluía una relación provisional de todas las sociedades anónimas deportivas (SAD) y clubes inscritos en la competición profesional y composición de primera y segunda división en la citada temporada. En dicha lista aparece el Club Granada 74, S.A.D. (en adelante el club), con una mención a pie de página en la que se lee textualmente: *“Nueva denominación por cambio de denominación social y de domicilio social del Ciudad de Murcia C.F., S.A.D, disputará sus encuentros en el estadio Escribano Castilla de Motril”*.

Con fecha 9 de agosto de 2007, la FIFA y la UEFA remitieron una carta a la RFEF en la que enterados de tal circunstancia y considerando, al margen de la conformidad de la actuación con el derecho comercial español, que dicha inscripción violaba un principio fundamental del fútbol, según el cual la pro-

moción de un club se obtenía mediante resultados deportivos en la cancha y no por operaciones de índole financiera o comercial, solicitaban a la RFEF:

— Exigir inmediatamente a la LNFP la suspensión del club del calendario de la temporada 2007- 2008 del campeonato de segunda división, con las consecuencias que dicha acción origina en la organización de los partidos de la temporada.

— Informar oficialmente a la LNFP y a los 42 clubes de primera y segunda división de la posición de la FIFA y la UEFA sobre el asunto, en aras a hacer cumplir los principios fundamentales del fútbol y utilizar todas las disposiciones contenidas en sus estatutos a fin de respetar dicha posición de principio.

— Invitar a la LNFP a Zúrich en días sucesivos para mantener una reunión de trabajo en la que participarían la FIFA, la UEFA, la RFEF y la LNFP.

Con fecha 14 de agosto la LNFP contestaba a la misiva anterior, mostrándose contraria a dicha petición, y congratulándose de que, pese a haber pedido a la RFEF que realizara la exigencia de suspensión del citado club a la LNFP, ésta no hubiere accedido a ello, limitándose exclusivamente a dar traslado de la carta de los citados organismos. Considerando así, que al no haber realizado la exigencia, ésta compartía de lleno los criterios en aras a la consideración de la legalidad de la situación del club y de las actuaciones llevadas a cabo para la inscripción del mismo en la liga de segunda división de la LNFP, pues lo contrario supondría una vulneración de la legalidad española con consecuencias jurídicas y económicas de extraordinaria relevancia en contra de quienes así lo dispusieran.

Ante tal negativa, y en atención a la petición formulada por FIFA y UEFA, acudieron el 20 de agosto a Zúrich (Suiza) para la referida reunión de trabajo con el fin de encontrar una solución amistosa para la disputa surgida, no alcanzándose ningún acuerdo en la misma entre las partes implicadas. Tras lo

cual y por medio de carta de fecha 21 de agosto de 2007, el Secretario General de la FIFA invitó a las partes a someterse al Tribunal Arbitral del Deporte.

Así, el día 21 de agosto de 2007, la RFEF presentó una solicitud de arbitraje ante el CAS, mediante la cual invitaba a la LNFP a someterse voluntariamente a la jurisdicción del mismo en el marco de un procedimiento urgente. Igualmente la RFEF solicitaba que la disputa fuera dirimida por un árbitro único, y manifestando en cuanto al derecho aplicable, que el procedimiento debía decidirse en base a la normativa deportiva de la FIFA, UEFA, la RFEF, y la LNFP, aplicándose de forma subsidiaria el derecho suizo.

Tras solucionar las diferencias en cuanto al procedimiento arbitral planteado, relativas especialmente al derecho aplicable, ambas acuerdan someterse al procedimiento arbitral, presentando

“En virtud de los estatutos de la FIFA, las federaciones integradas en la misma deben aceptar el sometimiento a los mismos y a las decisiones de la misma en determinadas materias, entre ellas, la que nos ocupa, de regulación de competiciones”

la LNFP su escrito de alegaciones en fecha 23 de agosto de 2007 en el que solicitaba al CAS que declarara la legalidad de la inscripción del club en el campeonato nacional de segunda división. Por su parte la RFEF, remitió su escrito de conclusiones acompañado de sus anexos y se ratificaba en el *petitum* realizado en sus solicitud de arbitraje de fecha 21 de agosto de 2007 en el cual se solicitaba que se ordenara a la LNFP rechazar la inscripción del referido club en el campeonato y en consecuencia se procediera a la eliminación del mencionado club de la lista de los que participan en tal competición.

“El artículo 62 de estos estatutos se refieren a que las confederaciones... y las ligas de naturaleza asociativa dentro de la federación, que se ocupan de la competición, las ligas profesionales, se comprometen a recurrir al CAS como órgano independiente: existe pues un compromiso formal de las federaciones de cada país”

III) LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO Y LOS FUNDAMENTOS DE SU INTERVENCIÓN

La RFEF interviene, como se ha expuesto en la relación de los hechos, a instancia de la FIFA y de la UEFA, que en cierto modo le exigen que realice tal intervención, estando ellas por tanto detrás de toda la actuación que se realiza sobre el particular. Y ello porque en virtud de los estatutos de la FIFA, las federaciones integradas en la misma deben aceptar el sometimiento a los mismos y a las decisiones de la misma en determinadas materias, entre ellas, la que nos ocupa, de regulación de competiciones.

La FIFA, como todas las federaciones internacionales, se encuentra vinculada al COI: una federación internacional debe estar reconocida por el COI para poder constituirse, y sus estatutos deben ser acordes con la Carta Olímpica, de tal manera que así se logra una transmisión de los principios de la misma, de modo que cada deporte responde en último término a los preceptos de la carta.

La FIFA es la federación que “gobierna” el deporte del fútbol, y está sujeta a la disciplina olímpica y a la autoridad del COI, siendo en todo lo demás autónoma. Sus estatutos, los últimos son del 2007, en su artículo 14 se refieren a la posibilidad de suspensión de las federaciones nacionales: es el gran arma con la que cuenta el COI con respecto a los comités olímpicos nacionales, la de suspender o expulsar de las competiciones internacionales, y también las federaciones internacionales con las federaciones nacionales, y así se pone de manifiesto en el presente caso, en el que la FIFA, haciendo uso de tal posibilidad estatutariamente contemplada, requiere a la RFEF para que inste a la LNFP a la exclusión del club de la 2ª división de la liga en la temporada en cuestión. De ahí, igualmente, el acceso de la RFEF, a la realización del requerimiento, si bien no se llega a materializar en exclusiones o sanciones por los motivos que poste-

riormente se analizarán, y respecto de los cuales se han avanzado determinadas ideas.

Ello significaría que los otros miembros no mantendrán contacto en el plano deportivo con la federación expulsada. La decisión de los comités de apelación son definitivas y vinculantes, y ahí se acabaría la vía federativa, y sólo se podría acudir al CAS. El artículo 61 de los estatutos de la FIFA se refiere a algunos asuntos no impugnables ante el CAS, tratándose de asuntos menores, por traslado del principio general. El recurso al CAS no tiene efectos suspensivos, aunque éste se pudiera suspender si perdiera su finalidad el procedimiento o los efectos de su imposición tuvieran importantes repercusiones.

Sin embargo, el artículo 62 de estos estatutos se refieren a que las confederaciones... y las ligas de naturaleza asociativa dentro de la federación, que se ocupan de la competición, las ligas profesionales, se comprometen a recurrir al CAS como órgano independiente: existe pues un compromiso formal de las federaciones de cada país. Y en segundo lugar, el citado precepto dispone que se prohíbe el recurso ante los tribunales ordinarios nacionales a menos que se especifique en la regulación de la FIFA.

Así, los organismos deportivos tienen una pretensión de autosuficiencia y autonomía que resultan del deporte y de las asociaciones deportivas. Ello estriba en su origen estrictamente privado, motivado porque el deporte sólo interesaba a quienes lo practicaban. Sin embargo, cuando el deporte adquiere relevancia social, económica, social, cultural y política, se produce el cambio: importa ya a los gobiernos, que no pueden ya desentenderse de ello. El fútbol comienza a ser una profesión y para ejercerla se necesita la autoridad de la federación. Por tanto, la autonomía y la suficiencia se manifiestan en una tensión con las normas del gobierno estatal, entrando en juego, en España la consideración del artículo 24 de la Constitución Española que garantiza la tutela judicial efectiva a todos

los ciudadanos, mediante un sistema de tribunales independientes sin que nadie pueda quedar fuera de los mismos.

Sin embargo, gracias a la creación de instancias netamente deportivas, como el CAS, y gracias también a actuaciones, como la que se pone de manifiesto en el presente caso, en el que no se dicta la exclusión, sino que se realiza un requerimiento, que posteriormente se dilucida ante el CAS, se logra esa independencia de los organismos deportivos, sin conculcar la garantía del ejercicio de acciones ante los tribunales ordinarios de cada Estado, que vulneraría las Cartas Constituciones de la mayoría de los Estados democráticos.

Así, puede observarse como el COI, a través de la FIFA, controla todas las decisiones que puedan tomarse en el ejercicio y práctica competitiva de las disciplinas deportivas, instando a los organismos a ellos subordinados mediante sus estatutos a que adopten las decisiones a las que ellos les "invitan".

Así, claros exponentes de tales actuaciones serían los casos del equipo Olympique de Marsella, expulsado por la UEFA de la liga europea, a instancia, lógicamente de la FIFA, debido a una cuestión de sobornos. E igualmente puede citarse el caso del equipo Sion Suizo, al que se propone expulsar de la liga por una cuestión de fichaje de jugadores. Sin embargo en estos casos, a diferencia del que nos ocupa, las decisiones sí son tomadas, no existiendo acuerdo para el recurso ante el CAS, e interviniendo los tribunales ordinarios, poniendo de manifiesto esa tensión citada entre los tribunales ordinarios y las instancias u organizaciones deportivas.

Por lo que se refiere a la intervención de la RFEF, desde la Ley del Deporte española de 1990 se establece que las federaciones deportivas, que tienen naturaleza asociativa, tienen facultades delegadas de la administración del Estado, entre ellas la potestad disciplinaria, lo cual se traduce en la capacidad de imponer sanciones en el ejercicio de la disciplina deportiva. Así se pone de

manifiesto en el caso objeto de comentario, en tanto que se pretende la posibilidad de la sanción de exclusión del club objeto de controversia por no respetarse lo que se consideran los principios básicos de las competiciones deportivas, siendo así una cuestión indudable de disciplina referida no a las reglas del juego, pero sí a las reglas de competición.

Por tanto las federaciones deportivas en España puede decirse que son entes de doble cara, de modo semejante a como serían los colegios profesionales, tratándose de corporaciones sectoriales de base privada que ejercen en ciertos aspectos facultades públicas: ejercitan potestades públicas, y claro ejemplo de ello son las potestades disciplinarias.

La doctrina del Tribunal Constitucional considera que las federaciones deportivas no pueden considerarse corporaciones de derecho público, sino que se trata de entidades híbridas con base privada a las que se incorporan todos los participantes del deporte, pero tampoco son corporaciones o asociaciones de derecho privado. Estas tienen el monopolio de organización de competiciones, que justifican el carácter parcialmente público de las mismas. Actúan pues como titulares o delegatarias de poderes públicos de la administración, siendo ésta la esencia de su vertiente pública.

Con respecto a su vinculación a los organismos internacionales, que ya ha sido tratada, procede decir en el ámbito de los recursos jurisdiccionales, que la RFEF en sus estatutos tiene que acomodarse a los estatutos de la FIFA, pero también tiene que acomodarse a la Constitución Española, no pudiendo prohibir el recurso ante los tribunales ordinarios, lo que se zanjó añadiendo un apartado al artículo 1.4 de sus estatutos con referencia a las normas estatutarias de la FIFA y de la UEFA, estableciendo que podrán conocer los tribunales ordinarios de cuestiones tales como lesiones, cuestiones laborales de índole menor, etc.

Sin embargo, y por todo lo argumentado con anterioridad, queda claro el sometimiento de la RFEF a los dictados de

la FIFA, y del mismo modo, la actuación, sometiéndose a la propuesta de arbitraje de la LNFP, en tanto que la misma resulta claramente dependiente de la RFEF, consumándose así ese complejo entramado de jerarquías dependientes del elenco de organizaciones deportivas.

IV) EL PAPEL DEL TRIBUNAL ARBITRAL DEL DEPORTE EN DERECHO DEPORTIVO. EL VALOR DE SUS SENTENCIAS O LAUDOS ARBITRALES

La posibilidad de acudir al Tribunal Superior de Arbitraje constituye una expresión más del afianzamiento y de la pretendida independencia de las instituciones deportivas, y además un modo de hacer efectiva esa prohibición de no acudir a los tribunales ordinarios, por considerarse esta instancia como alter-

“Las federaciones deportivas en España puede decirse que son entes de doble cara, de modo semejante a como serían los colegios profesionales, tratándose de corporaciones sectoriales de base privada que ejercen en ciertos aspectos facultades públicas”

nativa, y por ser inducida, como se ha visto por los organismos deportivos.

Si bien el mismo fue creado precisamente con intención de resolver las controversias que continuamente se producían en el ámbito deportivo, con idea de que éstas fueran resueltas por una instancia especializada, ajena y neutral. Fue creado en el año 1984 por el presidente del Comité Olímpico Internacional (COI) Juan Antonio Samaranch, y es una asociación de derecho privado suizo.

Fue creado como un organismo arbitral colegiado, muy numeroso, formado

actualmente por más de 250 árbitros, constituyéndose para cada caso en un consejo arbitral de tres miembros. Así, puede observarse, que el presente caso constituye una excepción, por tratarse de una actuación encomendada a un solo árbitro.

El primer asunto fue un caso arreglado de antemano, para que pudiera llegar al Tribunal Federal suizo, con la finalidad de que éste diera el espaldarazo definitivo al CAS. Así, el tribunal suizo ante el que se recurrió la sentencia reconoció la competencia siempre que no estuviera implicado el COI por cuestiones de imparcialidad. Para solventar tal impedimento que vetaba la legitimidad del CAS, se crea por el COI la fundación Consejo Arbitral del Deporte, que es la que sostiene jurídicamente al CAS, de tal modo que ya no existe un vínculo directo entre éste y el COI. Así, el Tribunal Federal suizo afirmó que el CAS es un tribunal imparcial. Con esto, el ordenamiento deportivo creó una justicia propia, una alternativa, que aún hoy sigue siendo discutida, como en el caso de la controversia del equipo de fútbol Sion suizo, cuyo presidente discute la imparcialidad del CAS, porque su presidente tiene posibilidad de nombrar uno de los dos miembros de la comisión arbitral, teniendo por tanto dos árbitros una misma procedencia.

Así, mediante sentencia del 15 de marzo de 1993 el Tribunal Federal Suizo reconoció al CAS como un verdadero tribunal arbitral, considerando, que el CAS no era un órgano de la FEI, que no había recibido instrucciones de dicha federación y que retenía suficiente autonomía en relación con la misma. Sin embargo, al Tribunal Federal Suizo le llamó la atención el número de vínculos entre el CAS y el COI. El CAS estaba financiado casi exclusivamente por el COI, el COI era competente para modificar los estatutos del CAS, y el poder significativo que tenía el COI y su presidente para designar a los miembros del CAS. A los ojos del Tribunal Federal Suizo, dichos vínculos pudieron ha-

ber sido suficientes para poner en tela de juicio la independencia del CAS en caso de que hubiera sido el COI (en lugar del FEI) la contraparte en el procedimiento. El mensaje del Tribunal Federal Suizo fue claro: el CAS tenía que hacerse más independiente de dicha institución, tanto en su organización como en su financiamiento.

Como consecuencia de la citada sentencia, generalmente conocida como el “*arrêt Gundel*”, se propició una reforma importante del CAS. Así, los estatutos del CAS y sus reglamentos fueron totalmente revisados para ser más eficientes y modificar la estructura de la institución para a hacerla completamente independiente del COI, que lo había financiado desde su creación.

El cambio más grande que resultó fue la creación del Consejo Internacional de Arbitraje del Deporte (“ICAS”), mismo que supervisaría el funcionamiento y financiamiento del CAS, de esta manera tomando el lugar del COI.

Otro de los cambios fue crear dos divisiones de arbitraje: la ordinaria y la apelativa, con la finalidad de hacer clara la distinción entre las controversias de una instancia y aquellas que surgieran de una decisión de un cuerpo deportivo. Este aspecto reviste especial interés desde la perspectiva del derecho arbitral, ya que constituye una excepción al principio que el arbitraje es final y uniuinstancial.

La creación del ICAS y la nueva estructura del CAS fueron aprobadas en París el 22 de junio de 1994 con la firma del Convenio de París, que fue firmado por las autoridades más importantes del mundo deportivo. El preámbulo de dicho convenio disponía que su finalidad era la de facilitar la solución de controversias en el ámbito deportivo mediante la creación de una institución arbitral con el objetivo de proteger los derechos de las partes ante el CAS y la garantía de independencia de esta institución.

A partir de la firma del Convenio de París, la mayoría de las federaciones internacionales y comités olímpicos nacio-

“La doctrina del Tribunal Constitucional considera que las federaciones deportivas no pueden considerarse corporaciones de derecho público, sino que se trata de entidades híbridas con base privada a las que se incorporan todos los participantes del deporte, pero tampoco son corporaciones o asociaciones de derecho privado”

nales han incluido en sus estatutos una cláusula arbitral refiriendo sus controversias al CAS.

El CAS se ocupa de dos ámbitos, teniendo por ello dos salas:

1º. Resuelve como un tribunal de cualquier país las controversias entre clubes federaciones, jugadores-clubes, y es ínter partes; funciona en este aspecto como si de un tribunal ordinario se tratara. Tal es el papel que ocupa en el caso objeto de análisis.

2º. Funciona también como una sala de apelación, conociendo de los recursos contra los acuerdos que dictan las federaciones internacionales.

Especialmente importante es la cuestión relativa al convenio arbitral, que se pone de manifiesto en el presente caso, en el que se acuerda el recurso ante el CAS, fijándose además una serie de acuerdos en aspectos tales como el número de árbitros, el derecho aplicable, y otros aspectos objeto de la controversia.

Así, todo arbitraje se sustancia en un convenio de las partes de llevar el asunto a un consejo arbitral, por acuerdo entre ellas, hay una renuncia voluntaria a acudir a los tribunales ordinarios. Se funda pues en la voluntad de las partes, que tiene que ser libre, y sólo si ésta existe estaríamos ante una actuación legítima.

El problema de la cláusula de arbitraje, es el acuerdo sobre la misma, que para un sector de la doctrina exigiría mayoría de socios. Sin embargo, para otro sector, debería ser todos los socios, porque es semejante a un recurso jurisdiccional, porque estaría sustituyéndose al juez ordinario predeterminado por la Ley.

Para solventar tal circunstancia, los estatutos de las federaciones, actualmente, incluyen el sometimiento al CAS, y el deportista cuando pide una licencia de afiliación se obliga a cumplir los estatutos que incluyen la citada cláusula. Pero no sería un consentimiento libre, pues la afiliación con tal condición no negociable constituye un requisito para ejercer su profesión.

Así, el CAS es consciente de que el consentimiento basado en la licencia no es suficiente, y por ello antes de comenzar el procedimiento requiere a las partes que ratifiquen su arbitraje, para evitar precisamente sentencias de los tribunales suizos, que pudieran anular tal intervención arbitral.

V) LA RECURRIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS O LAUDOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL DEL DEPORTE

Aunque nada se dice en el texto de la sentencia, o del laudo, al tratarse de un organismo de derecho privado suizo, resulta claro, que las sentencias del CAS serán recurribles ante el tribunal federal suizo.

Con ello, se introduce un nuevo exponente en la consideración de la internacionalización de conflictos de ámbito nacional, que precisamente por la intervención de este tribunal especial de ámbito deportivo, van a pasar a ser enjuiciados en una instancia jurisdiccional netamente por un tribunal de Suiza. Por tanto, totalmente ajeno a la controversia.

Ello, tomado desde un punto de vista particularista y de defensa de los intereses nacionales, en este caso, del deporte español, podría considerarse “un hurto de jurisdicción”, en tanto en cuanto, que los tribunales españoles, que serían competentes si se hubiera acudido a ellos, en vez de al CAS para conocer del asunto, quedan completamente excluidos del ámbito de la controversia, que pasará a ser juzgada por un tribunal suizo, que no tiene nada que ver con la controversia en cuestión.

A ello probablemente se deba, y con esa finalidad, se realice la invitación, más o menos inducida, de plantear estos asuntos ante el CAS, e incluso en el caso que nos ocupa, a que ni siquiera se produzca actuación por parte de la RFEF, pues en dicho caso, ya podría optarse, pese a lo dispuesto en los estatutos, como se comentará en el apartado procedente del presente trabajo, por el recurso ante los tribunales españoles,

con lo cual, tanto la FIFA como la UEFA, dejarían de tener cierta influencia de cara al tratamiento del asunto por una instancia netamente deportiva, como es el CAS.

VI) EL DERECHO APLICABLE. LOS PRINCIPIOS

Una de las cuestiones que se plantea durante la controversia es la consideración del derecho a aplicar, que igualmente es objeto de pacto o transacción, y que se fija en la cláusula o convenio arbitral.

Así, se conviene que el derecho aplicable será por orden de prelación el siguiente:

1º) Los estatutos, reglamentos, acuerdos y decisiones de la FIFA.

2º) Los estatutos, reglamentos, acuerdos y decisiones de la UEFA (incluyendo el memorando acordado en 2005 entre la UEFA y las ligas europeas).

3º) Los estatutos, reglamentos y decisiones de la RFEF y la LNFP.

Con carácter subsidiario y supletorio, en su caso:

“A partir de la firma del Convenio de París, la mayoría de las federaciones internacionales y comités olímpicos nacionales han incluido en sus estatutos una cláusula arbitral refiriendo sus controversias al CAS”

“Puede observarse la dependencia clara, el control y la influencia de la instituciones deportivas internacionales sobre las nacionales y que constituye una de las mayores tensiones por el interés que puede suscitarse para los distintos Estados en la materia, dada la importancia y la trascendencia del deporte en la actualidad, y lo que es más grave, que podría suponer una clara contradicción e incompatibilidad, con las normas y leyes de los Estados”

4º) El derecho español.

Ello pone de manifiesto, al igual que se ha comentado respecto de la jurisdicción un nuevo *“hurto respecto del derecho aplicable”*, eludiendo la aplicación del derecho español, si bien la aplicación del mismo figura en el elenco de la normativa aplicar, aunque en un lugar muy posterior, y así se dice *“con carácter subsidiario y supletorio”*, al que por razón del interés que la controversia pudiera suscitar para el deporte español, debiera ocupar.

Igualmente, llama la atención, y este comentario se realiza a modo de curiosidad, como el tenor literal del laudo arbitral en la enumeración realizada, transcribe con letras mayúsculas las normas provenientes de la FIFA, UEFA, RFEF y LNFP, es decir la normativa deportiva, y con minúsculas, la referencia al derecho español.

De tal modo, que con la aplicación de dicha pirámide normativa, con carácter de prelación establecido, y figurando en primer lugar la normativa de la FIFA y en segundo lugar la normativa de la UEFA, parece asegurado, salvo carencia absoluta de fundamento, como es el caso, una resolución casi siempre a favor de los intereses de estas instancias internacionales deportivas, en este caso la FIFA y la UEFA.

Además de la normativa citada, se apela como base o fundamento de la reclamación por parte de la RFEF, y por ende de la FIFA y la UEFA, la infracción clara a los principios generales que informan la práctica deportiva, ya que la inscripción viola un principio fundamental del fútbol, según el cual la promoción de un club se obtiene mediante resultados deportivos en la cancha y no por operaciones de índole financiera y comercial, principio este que se infiere del contenido del artículo 2.e) de los estatutos de la FIFA, según el cual constituye uno de los principales objetivos de la FIFA *“impedir que ciertos métodos o prácticas pongan en peligro la integridad de los partidos o competiciones, o den lugar a abusos en el deporte del fútbol asociación”*.

Asimismo, este artículo resulta prácticamente coincidente con el artículo 2.1 e) de los estatutos de la UEFA, que establece como objetivo *“impedir que ciertos métodos o prácticas pongan en peligro la regularidad de los partidos o competiciones, o den lugar a abusos en el deporte del fútbol”*.

De este modo, puede observarse en este punto, la dependencia clara, el control y la influencia de la instituciones deportivas internacionales sobre las nacionales, en pro de la defensa del compendio normativo netamente deportivo, y que constituye una de las mayores tensiones, como se ha comentado, por el interés que puede suscitarse para los distintos Estados en la materia, dada la importancia y la trascendencia del deporte en la actualidad, y lo que es más, grave; que podría suponer, si no muchas veces supone, una clara contradicción e incompatibilidad, con las normas y leyes de los Estados, llegando en algunos casos a vulnerar o a plantearse la vulneración de la Constitución, especialmente el artículo 24 de la Constitución Española, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración ésta que se consideraría como una auténtica afrenta y atentado contra el Estado de Derecho.

VII) EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. EL CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTE

El papel del Consejo Superior de Deportes (CSD) resulta fundamental para la resolución de la controversia, y así se reconoce en los fundamentos jurídicos de la misma, por cuanto su autorización resulta fundamental para la inscripción del club y la validez de la misma.

Así, el CSD a tenor del artículo 8 o) de la Ley 10/1990 del Deporte, tiene encomendada: *“Autorizar la inscripción de las sociedades anónimas deportivas en el Registro de Asociaciones Deportivas, inscribir la adquisición y la enajenación de participaciones significativas en su accionariado y autorizar la adquisición*

de sus valores en los términos señalados en el artículo 22.2”.

Así, el artículo 8 de la Ley viene a confirmar lo que la jurisprudencia había dicho en controversias anteriores. Se mantiene la competencia del CSD para la inscripción de clubes y asociaciones deportivas, lo cual es especialmente importante, puesto que si no se inscribe, el reconocimiento por la administración estatal derivada de la inscripción lo cual es necesario para participar.

Así, pues la actuación del CSD resulta fundamental, pues sin su aprobación no habría federaciones, no habría clubes y no habría modalidades reconocidas como tal.

Esta es una de las múltiples funciones que realiza el CSD, entre otras como las subvenciones a clubes y a federaciones, lo cual es especialmente importantes para disciplinas que no generan suficientes ingresos para mantenerse, si bien cabe decir que no es el caso del fútbol. Y es esta función la que resulta esencial, pues en virtud de la misma, vista en sentido positivo, fundamenta la resolución de la controversia interpuesta, por considerar que si la inscripción ha sido validada ante el CSD, como resultado de la operación mercantil esta es válida a todos los efectos, también a los que se plantean de posición en la participación en la liga de fútbol de la correspondiente temporada 2007/2008.

VIII) EL NO RECURSO ANTE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS. LAS TENSIONES ENTRE LA JUSTICIA DEPORTIVA Y LA JUSTICIA ORDINARIA

Tradicionalmente, como se ha dicho al principio de este trabajo, se ha considerado la posición de los poderes deportivos tendente al rechazo de todo aquello proveniente de otros poderes políticos o jurídicos que trataran de intervenir en el ámbito deportivo. Como resultado de ello ha sido la constante aspiración de resolver las cuestiones litigiosas derivadas de la práctica deportiva en el seno de instancias propias, eliminando

la posibilidad de intervención de otros poderes.

Ello se pone claramente de manifiesto en la sentencia objeto de comentario, por cuanto la controversia se lleva ante el CAS, sin plantear siquiera, dado que no había habido resolución de la RFEF, probablemente para evitar la posibilidad, el recurso ante los tribunales ordinarios.

Incluso cuando en España comenzó la regulación en materia deportiva, se procuró evitar la injerencia de los órganos jurisdiccionales. Así, la primera regulación española en materia deportiva realizada en 1945, el estatuto de la Delegación Nacional de Deportes en su artículo 76 establecía: *“Queda rigurosamente prohibido a todo deportista o Sociedad deportiva acudir, para resolver sus problemas, a otra disciplina o poder distinto del de la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes. Todo deportista o Entidad que no observara esta prohibición perderá su condición de tal y será automáticamente descalificado.”*

Sin embargo, no será hasta 1975 año en el que se dicta la sentencia de fecha de 29 de septiembre, recaída en el llamado *“caso Tornos”*, cuando se produce la primera manifestación en pro de la posibilidad de la revisión jurisdiccional ante los tribunales ordinarios.

La sentencia se pronuncia en el sentido de que el artículo 76 del Estatuto Orgánico de la Delegación no puede interpretarse como una exclusión jurisdiccional en materia deportiva, en tanto en cuanto, ello supondría una infracción de los principios básicos del ordenamiento jurídico español, que en dicha fecha, reconocía el *derecho a la seguridad jurídica*, el cual, según la jurisprudencia, comprendía, igualmente, el derecho a obtener un enjuiciamiento, por parte de los Tribunales, de cuantas cuestiones surgieran al amparo de las normas; lo cual es una noción asimilable al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la vigente Constitución Española de 1978.

Sin embargo, no puede dudarse que el fondo de la prohibición no era otro que

el de disuadir el planteamiento de cualquier reclamación ante los tribunales ordinarios. Así, de este modo cobra sentido la sanción derivada del precepto: la descalificación y pérdida de la condición de deportista o entidad deportiva.

Pero esta sentencia de 1975 supuso un logro también en otro aspecto, pues según el Tribunal Supremo, las reglas de competición son unas normas más, que, como cualesquiera otras, pueden ser objeto de enjuiciamiento por los tribunales de Justicia.

En el caso que nos ocupa, no ha habido resolución por parte de la RFEF de exclusión del equipo Granada 74 S.A.D., lo que lógicamente motiva que no pudiera haberse recurso ante los tribunales nacionales competentes. Sin embargo, de haberla habido, podría haberse planteado el recurso ante los tribunales ordinarios, que por razón de la materia, de disciplina deportiva, hubieran sido los tribunales de la Jurisdicción

“Cabe valorar positivamente el papel del CAS y el valor de las sentencias dictadas por el mismo, por cuanto suponen evitar un amplio elenco de procedimientos ante los tribunales ordinarios e instancias administrativas”

contencioso-administrativa, a tenor de lo dispuesto en la Ley 29/1988, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, una vez agotada las vías federativa y administrativa.

No obstante, en ningún momento se plantea la posibilidad de que la RFEF dictara una resolución que hubiera podido motivar tal recurso a la jurisdicción ordinaria nacional, precisamente por el hecho que la misma hubiera podido plantear tal disyuntiva.

IX) EL FALLO DE LA SENTENCIA. OTROS FUNDAMENTOS JURÍDICOS VALORADOS. LA MERCANTILIZACIÓN DEL FÚTBOL, LA IMPORTANCIA ECONÓMICA, DEPORTIVA, SOCIAL Y POLÍTICA DEL FÚTBOL EN EL MARCO DEL DERECHO DEL DEPORTE

El fallo de la sentencia presenta es contrario a la pretensión de la RFEF, y por tanto a los intereses de la FIFA y UEFA, y a favor de la LNFP, por considerar que la operación mercantil es perfectamente válida, y que así se avala con la inscripción del CSD, y además no se infringen ninguno de los principios deportivos invocados ni las prescripciones generales de los estatutos en los que se concretan los mismos.

Se centra pues en el derecho mercantil nacional, considerando que las citadas prácticas mercantiles son frecuentes dentro del mundo futbolístico y deportivo en general, y que hay que tenerlas en cuenta a la hora de determinar las posiciones deportivas, o las consecuencias en competiciones deportivas que estas pudieran determinar, posicionándose claramente a favor de la ten-

dencia a la mercantilización del fútbol y del deporte en general.

Ha de tenerse en cuenta que además de los fundamentos jurídicos que han sido analizados a lo largo del presente, y en especial el relativo a la autorización administrativa, y la validez, a tenor de la misma de la inscripción del club en la liga de segunda división, pese al cambio de denominación, que se alude a fundamentos claros dentro del ámbito del derecho mercantil.

Así, se fundamenta que el cambio de denominación social es un acto jurídico plenamente válido desde el punto de vista del derecho mercantil, y que la inscripción del club tiene por tanto validez desde dicha perspectiva, máxime además si se tiene en cuenta que después de producido el cambio de denominación, se concede por parte del CSD la autorización para su inscripción como club en la RFEF. Así la sentencia se pronuncia en términos desestimatorios de la pretensión de exclusión ejercida por la RFEF.

Pero por encima de ello, más interesantes resultan los fundamentos últimos que se hallan en el substrato del derecho mercantil aplicable, cuales son la mercantilización del fútbol en particular, y en general de las distintas modalidades deportivas. De tal modo que, la práctica y el desenvolvimiento en materia deportiva debe adaptarse a estas prácticas mercantiles y tener en cuenta las mismas.

X) CONCLUSIONES Y VALORACIONES FINALES

A modo de breve conclusión y reflexión final cabe valorar positivamente el papel del CAS y el valor de las sentencias dic-

tadas por el mismo, por cuanto suponen evitar un amplio elenco de procedimientos ante los tribunales ordinarios e instancias administrativas. Desde este punto de vista, se simplifica el tratamiento operativo de las controversias, y se descongestiona tanto la administración de justicia de los distintos países como las instancias administrativas.

Esto resulta correcto y adecuado siempre y cuando el sometimiento a esta instancia arbitral sea libre y voluntario por ambas partes, y sin que medien intervenciones que puedan influir en la decisión de someterse a dicha intervención. Sin embargo, si realmente no es así, no puede realizarse valoración positiva alguna de tal intervención, pues supone un grave atentado contra el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Por otra parte, cabe señalar, como otro aspecto negativo el hecho de que al someterse la controversia en el caso de organismos nacionales, a una instancia internacional, que desconoce la situación y peculiaridades de la práctica nacional del deporte en cuestión, así como las circunstancias colaterales que puedan rodear al mismo, se pierde en la valoración o el enjuiciamiento realizada por esta instancia, un cierto rigor y consideración de dichas circunstancias, que en ocasiones pudieran resultar fundamentales para la resolución del caso.

No obstante lo anterior, debe valorarse positivamente la especialización de la instancia en la materia deportiva, lo que constituye un punto a favor en la consideración de la misma para el tratamiento y resolución de las controversias planteadas. ■

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

La responsabilidad civil subsidiaria ex delicto de los titulares de establecimientos: doctrina general y aplicación a los entes públicos

Luis Vacas Chalfoun

Abogado del Estado

“En aquellos procesos en que se demanda la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se da una paradójica situación: el Estado, o lo que es lo mismo, la colectividad institucionalizada, además de ser el sujeto activo de la acción para exigir la responsabilidad penal, es a su vez sujeto pasivo de la pretensión de resarcimiento por el daño causado por el delito. Dicho de otro modo y en términos gráficos, la propia sociedad cuyos valores esenciales se han visto quebrantados por el delincuente ha de además pechar con las consecuencias civiles de la conducta del delincuente.”

INTRODUCCIÓN

La comisión de un delito supone que se desencadenen una serie de consecuencias jurídicas. La primera y fundamental es la imposición de la pena fijada en el artículo del Código Penal aplicable al caso (o bien, en su caso la medida de seguridad pertinente). Ello no obstante, existe asimismo otra posible consecuencia jurídica de la comisión del delito que es la responsabilidad civil derivada del delito.

Esta responsabilidad civil *ex delicto* cada vez ha ido adquiriendo mayor relevancia, a la par que ha venido aumentando la sensibilidad hacia las víctimas de los delitos, además del hecho que no puede ignorarse de que en ocasiones tiene mayor efecto preventivo en la comisión de ilícitos la posible obligación de reparar daños cuantiosos que la propia pena a imponer. Por ello MIR PUIG habla gráficamente de la responsabilidad civil *ex delicto* como “*un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito*”¹. Por otro lado, en nuestro sistema, la legitimación activa de la acción civil *ex delicto* se atribuye, además de al perjudicado por el mismo, salvo renuncia o reserva del mismo, al Ministerio Fiscal y se sustancia en el propio proceso penal. Sistema que tiene una evidente ventaja de economía procesal para la víctima y su legítimo derecho a verse reparada, si bien también presenta el riesgo de que pueda llegarse eventualmente a una “*torcida utilización del proceso penal con la única finalidad real de obtener un proceso civil*”, en palabras de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN², riesgo que se ha manifestado con especial frecuencia en aquellos procesos en que se demanda la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Precisamente, en aquellos procesos en que se demanda la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se da una paradójica situación: el Estado, o lo que es lo mismo, la colectividad institucionalizada, además de ser el *sujeto activo* de la acción para exigir la responsabilidad penal, es a su vez *sujeto pasivo* de la pretensión de resarcimiento

por el daño causado por el delito. Dicho de otro modo y en términos gráficos, la propia sociedad cuyos valores esenciales se han visto quebrantados por el delincuente ha de además pechar con las consecuencias civiles de la conducta del delincuente.

Es innegable el legítimo derecho de la víctima a la asistencia y a la reparación de las consecuencias del delito. Es igualmente adecuado a tal fin que los Poderes Públicos articulen una serie de mecanismos para la protección de las víctimas, como pueden ser además de la asistencia médico-sanitaria a la que tienen derecho todos los ciudadanos, medidas específicas como p. ej., las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. Pero generalizar indebidamente que los poderes públicos asuman la obligación de reparar el daño causado por particulares, con un alcance indiscriminado, supondría una serie de consecuencias indeseables tanto en un evidente plano económico (por lo inasumible de tal carga por las arcas públicas) como incluso de política criminal: si como mencionábamos la responsabilidad civil *ex delicto* tiene un evidente efecto disuasorio respecto de la comisión de crímenes que en ciertos casos puede ser incluso superior al efecto preventivo de la propia pena, la relajación de la obligación del delincuente de asumir frente a la víctima de tener que indemnizarla, como consecuencia de erigirse el Estado un una suerte de garante universal, podría llegar a tener efectos criminógenos.

Todo ello hace que, a la hora de exigir la responsabilidad civil *ex delicto* al Estado y demás entes públicos, hemos de ceñirnos estrictamente a la Ley en la definición que ésta dé de los supuestos en que surge dicha responsabilidad civil subsidiaria del Estado, y exigirla sólo en dichos casos. En este punto conviene recordar lo que ya expuso nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 26/3/99: “*siempre que se carga en*

la cuenta de la Administración la indemnización de los daños ocasionados por el delito, se lleva a cabo un reparto entre todos los ciudadanos de una deuda que, en principio, tiene un primer y más directo responsable, es decir, se impone a todos una no previsible obligación de resarcimiento que, si bien puede tener su fundamento en razones indiscutibles de justicia social, necesita contar con el respaldo inequívoco de un mandato legal porque sólo en la ley se expresa la voluntad general que puede decidir el establecimiento de aquella obligación”.

Si examinamos el articulado de nuestro Código Penal para determinar en qué casos prevé la responsabilidad civil *ex delicto* del Estado y demás entes públicos, vemos que únicamente se contempla expresamente como tal en el art. 121 del Código, de acuerdo con el cual responden subsidiariamente de los delitos cometidos por sus autoridades, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, “sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria”.

Sin embargo, de acuerdo con la doctrina y reiterada Jurisprudencia, existe otro título legal en base al cual se puede exigir la responsabilidad civil *ex delicto*, también con carácter subsidiario, de los Poderes Públicos, y dicho título lo encontramos en el art. 120.3 del Código Penal, de acuerdo con el cual “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: (...) 3. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las

disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”.

En ambos casos, son responsabilidades en lugar del primer responsable civil que sería el responsable criminal. Por otro lado, adviértase asimismo que la Ley Orgánica 5/2010, al introducir en nuestro Derecho la responsabilidad penal de las personas jurídicas, excluye expresamente al Estado y demás Administraciones y Entidades mencionadas en el art. 31.bis párrafo quinto.

Es objeto del presente artículo el segundo título de exigencia de responsabilidad civil subsidiaria del Estado, esto es, el previsto en el art. 120 número tercero del Código que, aun cuando se refiera a cualesquiera personas jurídicas y no simplemente al Estado como el art. 121, no por ello ha de considerarse de menor importancia como se manifiesta, p. ej., en la abundante Jurisprudencia sobre la aplicación de este título en la responsabilidad por delitos cometidos por internos dentro de instituciones penitenciarias. Sin embargo, no vamos a limitarnos a hacer una reseña sobre tal cuerpo jurisprudencial en relación al Estado³, sino que dedicaremos las siguientes páginas a hacer un estudio general del citado artículo 120.3, sin perjuicio de hacer las especificaciones pertinentes en cuanto su aplicación a los entes públicos.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ART. 120.3 DEL ACTUAL CÓDIGO

El art. 120.3 que examinamos tiene su antecedente más próximo en el art. 21 párrafo primero, del anterior Código, Texto Refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, aprobado conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Disponía dicho art. 21 en su primer apartado: “Son también responsables civiles, en defecto de los que sean criminalmente, los posaderos, taberneros y cualesquiera personas o Empresas, por los delitos o faltas que se cometieren en

“Generalizar indebidamente que los poderes públicos asuman la obligación de reparar el daño causado por particulares, con un alcance indiscriminado, supondría una serie de consecuencias indeseables tanto en un evidente plano económico como incluso de política criminal”

los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte o la de sus dependientes haya intervenido infracción de los Reglamentos generales o especiales de Policía que esté relacionada con el hecho punible cometido”.

Como vemos, el primer párrafo de dicho artículo 21 sirve de base para la redacción del 120.3 actual que únicamente introduce dos variaciones: a) Por un lado, la ampliación de sus términos pues con acierto deja de hablar de los posaderos y taberneros para hablar de cualesquiera personas naturales y jurídicas, y por otro lado se amplía la referencia de los “dependientes” a los que dirijan o administren el establecimiento, o de sus dependientes o empleados; con todo dicha modificación es más de estilo que práctica pues la Jurisprudencia venía ya aplicando ampliamente el art. 21.1 en dicho sentido; b) Y por otro lado precisa la relación que ha de haber entre la infracción reglamentaria y el delito cometido en el establecimiento, pasando de “estar relacionado con” a indicar con más precisión que el delito “no se hubiera producido sin dicha infracción”, precisión loable si bien quizás no definitiva para resolver uno de los principales problemas prácticos que supone la aplicación del precepto.

El contenido material de dicho artículo, a su vez, tiene a su espalda una historia centenaria pues con escasas variaciones ha venido heredándose de un código a otro, constituyendo el arranque de este precepto ni más ni menos que el art. 17 del Código Penal de 1848-1850, cuyo tenor literal disponía en su párrafo primero: “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, los posaderos, taberneros o personas que estén al frente de establecimientos semejantes, por los delitos que se cometieren dentro de ellos, siempre que por su parte intervenga infracción de los reglamentos de policía”.

El primer párrafo de este art. 17, verdadero antecedente de el art. 120.3 del Código Penal actual, pasa al 20 del

Código Penal de 1870 con las únicas variaciones de ampliar su redacción a cualesquiera empresas y mencionar igualmente a los dependientes cuya infracción de reglamentos puede originar igualmente dicha responsabilidad, en los siguientes términos: “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, los posaderos, taberneros y cualesquiera personas o empresas, por los delitos que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte o la de sus dependientes haya intervenido infracción de los reglamentos generales o especiales de policía”.

Los comentaristas de tal precepto en sus dos versiones, al analizarlo, destacan dos cuestiones:

a) Su originalidad, pues, como señalaba GROIZARD⁴, “llama la atención sobre la falta de precedentes de nuestras leyes hasta que se promulgó el Código de 1848 y de las pocas concordancias extranjeras”. Efectivamente, en nuestro ámbito, el art. 17 del Código penal español de 1822 como el art. 73 del Código Penal Francés de 1810 hablaban también de la responsabilidad civil de posaderos y mesoneros pero por los delitos cometidos por los hospedados en ellos y siempre que dichos posaderos o mesoneros hubieran incumplido los deberes de registro de tales huéspedes o de aviso a las autoridades.

b) Sus términos excesivamente genéricos y el potencial exceso de rigor en su aplicación. Señalaba a este respecto PACHECO que “los reglamentos de policía son una cosa muy lata, y comprenden o deben comprender preceptos de muy distinto género, de una importancia muy desigual, para que se imponga la responsabilidad misma a quien haya infringido los unos o los otros”⁵. Efectivamente, tomando su tenor literal, bastaba con la comisión de un delito en un establecimiento, y que se diese además la circunstancia de que el empresario o dependiente haya infringido un reglamento, para hacer responder al empresario civilmente, sin entrar a va-

lorar la naturaleza y ratio de dicho precepto o la indecencia mayor o menor (o incluso nula) que dicha infracción haya tenido en la materialización de dicho precepto. Por ello señalaba GROIZARD que “en la generalidad de sus términos podría cometerse alguna injusticia si los Tribunales aplicaran estrictamente su letra”. Por ello éstos y otros autores consideran que frente al excesivamente genérico tenor literal de dicho precepto habría que discriminar aquellas infracciones reglamentarias (como p. ej., capacidad de las medidas u obligaciones de registro) que en absoluto estén causalmente conectadas con el hecho delictivo. Pero, aun así, existen casos discutidos: en el ejemplo prototípico de delito cometido en un establecimiento a una hora en que reglamentariamente debía ya de estar cerrado, autores como GROIZARD y VIADA⁶ estimaban que el tabernero infractor de los reglamentos sobre el horario debían responder civilmente, mientras que otros como ÁLVAREZ y VIZMANOS⁷ cuestionan tal aplicación por considerarla severa en exceso. Respecto de este ejemplo, no obstante, hablaremos más adelante.

Respecto de esta última cuestión, hay que decir que es objeto una de las dos principales líneas de evolución de dicha regulación desde entonces hasta el art. 120.3 de nuestro actual Código Penal. Y es que, como decíamos, lo que entonces decían los Códigos de 1848-1850 y el de 1870 se mantiene prácticamente inalterado hasta el art. 21 del Código Penal de 1973, salvo por dos cuestiones:

La primera es que el legislador, en las sucesivas reformas, va a tener especial precaución por la excesiva generalidad de los términos del art. 20 del CP de 1870, con los riesgos que ya hemos visto. Por ello, el legislador, en el Código de 1928, al redactar el art. 78 recogió los términos del art. 20 del CP de 1870 si bien añadiendo, al final, como requisito “estando la infracción relacionada con el delito cometido”. El Código de 1933, sin embargo no acoge esta precisión,

estableciendo en su art. 21 una redacción idéntica al objetivo art. 20 del CP de 1870. Por ello habrá que esperar al Código Penal de 1945 que en su art. 21 recoge de nuevo el requisito de la relación entre la infracción y el hecho delictivo introducida por el CP de 1928, dando lugar a la redacción definitiva que habría de mantenerse inalterada, en sus sucesivas revisiones, hasta el art. 21 del CP de 1973 inclusive, que transcribíamos al principio de este apartado. Por ello, vemos una preocupación por el legislador por matizar la aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de establecimientos por los delitos cometidos en el mismo, condicionándola a la existencia de una relación causal entre la infracción de los reglamentos y el hecho luctuoso, preocupación que tiene en cuenta el redactor del actual Código Penal de 1995 que delimita aun más dicha relación, añadiendo la exigencia de que la infracción esté *“relacionada con el delito cometido”*, la expresión más precisa *“de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”*.

Y la segunda línea de evolución es la aplicación de dicho precepto a los entes públicos, problema ligado a la aplicación, igualmente a los entes públicos, del art. siguiente que, en la versión del Código de 1870, art. 21, disponía *“la responsabilidad subsidiaria que establece el artículo anterior será también extensiva a los amos, maestros, personas y empresas, dedicadas a cualquier género de industria por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de sus obligaciones y servicios”*. A este respecto, la Jurisprudencia, en una primera etapa, va a negar que ambos preceptos se apliquen a los Entes Públicos (Así, y p. ej., la Sentencia del TS de 14 de junio de 1886, seguida de otras posteriores como la de 4 de abril de 1919). Sin embargo, a finales de los años treinta se va a producir un punto de inflexión que va a permitir abrir la posible aplicación de ambos preceptos a las entidades lo-

cales. En primer lugar, por la novedosa Sentencia de 18 de marzo de 1936 del Tribunal Supremo que, por primera vez, admite tal posible aplicación de ambos preceptos a los Entes Públicos criterio seguido por otras Sentencias posteriores como la de 20 de octubre de 1943, y que se consolida, en particular respecto del segundo precepto, el dedicado a la responsabilidad subsidiaria por los delitos de los dependientes, con la modificación que introduce el CP de 1945 en el art. 22 respecto de la redacción del mismo artículo en los Códigos anteriores, pues pasa de hablar de *“amos, maestros, personas y Empresas”*, a hablar de *“amos, maestros, personas, entidades, Organismos y Empresas”*. Sin embargo, si la responsabilidad subsidiaria por los hechos de los dependientes se consolida ya entonces, la derivada por hechos acaecidos es establecimientos tarda en consolidarse y así, p. ej., la del Estado por delitos cometidos en establecimientos penitenciarios no se asienta sino hasta los años 80, con Sentencias como la de 20 de octubre de 1989 o la de 23 de enero de 1990.

Hoy día, por tanto, ya no hay duda de que el antiguo art. 21, y actual art. 120.3 del Código Penal es aplicable a los Entes Públicos, afirmando, por otro lado, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Acuerdo de 26 de mayo 2000 que *“el art. 121 del nuevo CP no altera la jurisprudencia de esta sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3º del CP”*.

FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA CONTENIDA EN EL ART. 120.3

Señala SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA⁸ (tras preguntarse por qué, de entre todas las culpas civiles que pueden propiciar la comisión del delito, el código se fija en la de los titulares de estable-

“Más modernamente, doctrina y Jurisprudencia vienen haciendo especial hincapié en el especial control que todo empresario director de un establecimiento ejerce sobre el mismo y, por consiguiente, en la posibilidad que tiene de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos en el mismo”

cimientos) que “denota esta ‘responsabilidad locativa’ cierto aroma sancionador preconstitucional, propio de aquella época en que la autoridad privilegiaba y exigía la colaboración de los responsables de los establecimientos abiertos al público en la salvaguardia del orden establecido; a falta de derechos de asociación, libre expresión o manifestación, eran éstos casi los únicos lugares el los que podían germinar iniciativas colectivas o, merced al alcohol expresiones contrarias al régimen dominante. De ahí que fuera importante contar con la colaboración, voluntaria y forzada, de los titulares de dichos establecimientos”. De estas connotaciones preconstitucionales, y de especial cautela sobre las posadas y tabernas (donde los efectos del alcohol propician las inclinaciones contra la autoridad establecida), también se hace eco la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 544/2008, de 15 de septiembre, y vemos que así resulta de los antecedentes históricos previos al art. 21 del Código de 1848-1850 que antes mencionábamos.

Más modernamente, doctrina y Jurisprudencia vienen haciendo especial hincapié en el especial control que todo empresario director de un establecimiento ejerce sobre el mismo y, por consiguiente, en la posibilidad que tiene de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos en el mismo. Y, exigiendo por esta vía al empresario la responsabilidad por no haber adoptado los mecanismos para garantizar la seguridad en el establecimiento, se protege así los intereses de los usuarios del mismo perjudicados por un hecho delictivo. Como señalan GARCÍA, SOTO, DE LAMO y GUILLÉN⁹, tal precepto vela “por la mejor guarda y observancia de los reglamentos de policía o las disposiciones de autoridad formulados para el más seguro desenvolvimiento de las actividades empresariales desarrolladas en establecimientos abiertos al público”. Con lo que en definitiva, y como fundamento mediato, se protege por este precepto la seguridad de los intereses en tales es-

tablecimientos, intereses no solamente personales sino también patrimoniales, pues sin duda uno de los campos de más frecuente aplicación del 120.3 ha sido la responsabilidad civil subsidiaria de las entidades bancarias por los cheques falsos cobrados en sus oficinas.

En este sentido, señala la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de núm. 370/2010 de 29 abril, la Jurisprudencia del Alto Tribunal viene marcando “dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la ‘culpa in eligendo’ y en la ‘culpa in vigilando’, como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil”.

En definitiva, el fundamento y la razón de ser, de acuerdo con la aplicación actual del precepto, es el dominio funcional que tiene el empresario sobre el recinto donde desarrolla una actividad organizada, con la consiguiente posibilidad directa de adoptar las medidas *ex ante* que claramente contribuyen a evitar la comisión de delitos en dicho establecimiento, y la consiguiente culpa por no adoptarlas si ello permite tal hecho delictivo.

En lo sucesivo no hemos de perder de vista tal razón de ser del art. 120.3, y ello porque más allá de ser una discusión teórica, tiene una particular relevancia práctica: el art. 120.3 es una norma reguladora de responsabilidad civil que, al tener dicha naturaleza civil y no penal, permitiría una cierta aplicación analógica (como señala la STS Sentencia núm. 768/2009, de 16 de julio). Sin embargo, por mucho que se pretenda aplicar extensivamente este precepto, no hay que olvidar que el art. 4 del Código Civil prevé la aplicación analógica de las normas a casos no contemplados expresamente por ellas siempre que “regulen otro se-

mejante entre los que se aprecie identidad de razón". Por tanto sólo podrá aplicarse analógicamente el 120.3 del Código Penal a aquellos supuestos en los que una persona tenga sobre un espacio en el que se comete un delito un control semejante al que tiene un empresario sobre su establecimiento.

REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 120.3 DEL CÓDIGO PENAL

Todas las Sentencias que se ocupan de enumerar los requisitos para la aplicación del art. 120.3 del Código Penal a fin de exigir la responsabilidad civil subsidiaria prevista en el mismo enumeran, con mayores o menores variantes en su redacción, los siguientes cuatro presupuestos que se derivan del tenor literal de dicho precepto:

a) La previa comisión de un delito o falta.

b) Que el delito o falta se haya cometido en un establecimiento titularidad del responsable civil subsidiario.

c) Que las personas que dirijan o administren dichos establecimientos o sus dependientes o empleados hayan infringido reglamentos de policía o, disposiciones de la autoridad.

d) Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito. Ha de ser, pues, la infracción reglamentaria casualmente influyente en el delito, cuyos daños se tratan de resarcir

Procedamos en lo que resta del presente artículo a analizar cada uno de los cuatro requisitos:

I) La previa comisión de un delito o falta

No vamos a extendernos demasiado en este requisito por su obviedad, pues como toda responsabilidad civil *ex delicto* presupone la previa comisión de un delito o falta, lo que hace surgir la responsabilidad civil directa de los responsables penales (116 del CP) y subsidiariamente, serán responsables civilmente en defecto de aquellos los previstos en el art. 120. En este sentido, el Tribunal Supremo señalaba en su Sentencia

núm. 364/1997 de 21 marzo, respecto de la pretensión de la acusación de exigir esta responsabilidad no obstante la absolución de los acusados, al no haberse podido determinar su responsabilidad en la muerte de dos reclusos en el curso de un motín, lo siguiente atendiendo a que *"la nota de subsidiariedad que acompaña a la responsabilidad civil cuestionada como elemento circunstancial y a la vez premisa desencadenante de la activación de tales previsiones normativas no aparece en el supuesto analizado"*.

Lo que sí es posible es que el que comete una infracción penal, no obstante absuelto por concurrir causa de exención de dicha responsabilidad, se vea no obstante obligado a responder civilmente en los casos previstos en el art. 118 del Código Penal. En cuyo caso, existiendo una responsabilidad civil principal (aunque no penal) sí podría haber responsabilidad civil subsidiaria.

II) El elemento locativo: la comisión del delito en un establecimiento titularidad de la persona a la que se imputa la responsabilidad civil

El primero y esencial de los requisitos que prevé terminantemente el art. 120.3 es, como dice la Sentencia de 370/2010 de 29 de abril del Tribunal Supremo *"que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión"*. El análisis de este requisito nos ha de llevar a examinar las siguientes cuestiones: a) Concepto de establecimiento; b) Concepto de titularidad y c) Lugar de comisión del delito.

A) Concepto de establecimiento

Tanto el concepto de establecimiento, como el de empresa (con el que están íntimamente relacionados) son conceptos de claro contenido económico y que el legislador solamente define en legislaciones sectoriales. Con todo, podemos acudir, como comienzo, a la definición

"Por tanto sólo podrá aplicarse analógicamente el 120.3 del Código Penal a aquellos supuestos en los que una persona tenga sobre un espacio en el que se comete un delito un control semejante al que tiene un empresario sobre su establecimiento"

“Lo que sí es posible es que el que comete una infracción penal, no obstante absuelto por concurrir causa de exención de dicha responsabilidad, se vea no obstante obligado a responder civilmente en los casos previstos en el art. 118 del Código Penal. En cuyo caso, existiendo una responsabilidad civil principal (aunque no penal) sí podría haber responsabilidad civil subsidiaria”

que hace el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, Ley de 16 de diciembre de 1954, que define al establecimiento “*como base física de la empresa, como elemento más permanente de la misma*”. Y en cuanto a la definición de empresa hemos de acudir a la doctrina científica, con lo que simplemente indicaremos a efectos intuitivos que supone una organización de medios para producir bienes y servicios, o, utilizando las palabras del legislador en el art. 149.2 de la Ley Concursal, “*un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria*” lo cual supone una habitualidad o continuidad consustancial a dicha noción (habitualidad que además deriva del art. 1 de nuestro Código de Comercio). Y, por otro lado, cuando hablamos del establecimiento como base física de la empresa, no puede reducirse al simple espacio físico que ocupa, sino que, como señala la Resolución de 7 octubre 1991 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, “*el establecimiento mercantil*”, al menos para la Ley 16-12-1954, “*es la unidad económica que trasciende a la mera suma de una serie de elementos materiales e inmateriales organizados y dispuestos para el desenvolvimiento de una actividad comercial o fabril*”.

Ello no obsta para su aplicación a la base física de actividades realizadas por cualesquiera personas o entidades que no puedan definirse en puridad como empresas al faltar la nota de servir a una actividad económica, como ocurre en la generalidad de los supuestos en los que por esta vía se exige responsabilidad a los entes públicos. Piénsese que los establecimientos penitenciarios, p. ej., no puede considerarse como la base física de una empresa, si bien sí entran dentro de una noción de establecimiento en sentido amplio y, en todo caso, la Administración ejerce sobre ellos un control similar al de cualquier empresario sobre el recinto físico en que desarrolla su actividad.

Asimismo, ha habido supuestos en los que los Tribunales han aplicado dicho preceptos en recintos en que se desarrollaba una actividad puntual o temporal lo que, en principio, casaría mal con la nota de habitualidad o permanencia en el tiempo propia de la noción de establecimiento. Ejemplo típico es la organización por los Ayuntamientos de recintos localizados en la vía pública para celebrar las fiestas locales: aunque tales recintos son temporales, lo cierto es que los Ayuntamientos organizan y controlan lo que en ellos ocurren y la normativa puede imponerles obligaciones de seguridad en los mismos, con lo que el dominio funcional respecto de tales espacios es similar a de cualquier empresa sobre su establecimiento (identidad de fundamento que permitiría la aplicación analógica del 120.3 del Código Penal). Con lo que si en los mismos se produce un delito mediando infracción reglamentaria en materia de seguridad que hubiera podido evitar su comisión, podría predicarse la responsabilidad civil subsidiaria. Casos de este tipo analizan, p. ej. en la STS 140/2005 de 3 de febrero (sobre un delito cometido en una “Caseta municipal de la juventud”, en el que sin embargo no se aprecia responsabilidad civil del Ayuntamiento por la falta de los demás requisitos del 120.3 del CP) o la Sentencia núm. 255/2009 de 23 de junio de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª).

B) Concepto de titularidad

Visto el establecimiento como la base física de la empresa, la titularidad a que se refiere el 120.3 no puede, en absoluto definirse como la titularidad dominical del espacio físico ocupado por el establecimiento. La titularidad definida en el 120.3 como presupuesto de la responsabilidad civil subsidiaria es la titularidad del establecimiento como tal, no del espacio en que este se asienta que, como veremos a continuación, no tienen por qué coincidir.

Y es que, volviendo a la legislación y jurisprudencia civil para explicar di-

chos conceptos, la titularidad sobre el establecimiento entendido como la unidad económica que constituye la base física de la empresa, ha de entenderse como el dominio sobre la misma, ya sea a título de propiedad o arrendatario. Efectivamente, la Sentencia núm. 931/1993 de 14 de octubre del Tribunal Supremo declara que son autónomas la titularidad dominical del inmueble y la titularidad del establecimiento radicado en el mismo, partiendo de que el art. 19 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria anticipada prevé la posibilidad de que el titular del establecimiento sea arrendatario o dueño del local en el que se asienta.

Por tanto, en aquellos casos en que el establecimiento radique en un local propiedad de una persona que arrienda a otra su explotación como negocio, será éste, y no aquél, el que en su caso deba responder de los delitos cometidos en el mismo. Pues es el arrendatario, y no el propietario, quien tiene el dominio funcional del espacio que justifica la aplicación del art. 120.3, dado que el primero de los requisitos que examinamos exige, en palabras de la Sentencia núm. 255/2009 de 23 de junio de la Sección Primera de la A.P. de Castellón, *“que la infracción penal tenga lugar en un establecimiento cuya titularidad, por cualquier título que garantice el dominio funcional del espacio físico, corresponda a la persona natural o jurídica cuya responsabilidad civil se postula”*.

Pero, en todo caso, ha de atenderse a la titularidad real del negocio: por tanto, aunque aparezca una determinada persona como arrendataria del local donde se realiza el negocio, si la llevanza de éste no se realiza por la arrendataria sino por otra persona, será éste, y no aquélla, el titular real del negocio (distinción que efectivamente hace la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 332/2003 de 21 de marzo que más adelante analizaremos). E incluso, como posibilidad que entre otras pueden imaginarse, si la llevanza del negocio se realiza por una persona a través de una sociedad que sirve de mera pantalla ins-

trumental, entendemos que podría estudiarse la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en la exigencia de la responsabilidad penal, cuestión con todo ciertamente compleja y que, s.e.u.o. del que suscribe este artículo, la Jurisprudencia no ha estudiado aún.

Asimismo, si bien esta cuestión quizás tenga más relevancia respecto del segundo de los requisitos que luego examinaremos (el relativo a la infracción reglamentaria), tratándose de establecimientos de Entidades Públicas, es preciso tener en cuenta siempre la competencia de las distintas Administraciones o entidades relacionadas con el establecimiento en cuestión: efectivamente, puede ocurrir que diversas Administraciones ostenten competencias de diverso contenido y diferente grado sobre un mismo establecimiento. En tales casos, habrá que determinar cuál de las Administraciones ostentan la competencia que abarca el deber de observancia de la disposición o reglamento que ha sido infringido.

Así, en la Sentencia del TS nº 1461/2003 de 4 de noviembre (caso de lesiones ocasionadas a un testigo en la sede de la Audiencia Provincial de Pontevedra a la que se le lanzó ácido sulfúrico), considera la no responsabilidad subsidiaria de la Xunta de Galicia, entre otras consideraciones, porque si bien se le habían transferido competencias en materia de gestión del edificio, no así en materia de seguridad del mismo que seguía siendo del Estado ejercida a través de la Guardia Civil. Pero, si en un caso análogo la competencia de seguridad del edificio judicial se hubiera transferido a la Comunidad Autónoma, por mucho que en el mismo se ejerzan funciones competencia del Estado (la jurisdiccional), la infracción reglamentaria en materia de seguridad que hubiera permitido el delito sería atribuible a la Comunidad y por consiguiente a ésta podrá exigirse la responsabilidad civil. En este sentido, la Sentencia núm. 199/2009 de 19 de noviembre de la Audiencia Provincial de Zaragoza

(Sección 3ª) (caso de un robo sufrido por una funcionaria en las instalaciones de un Juzgado), sí atribuye la responsabilidad a la Comunidad dado que ésta ostentaba la competencia en materia de seguridad de los edificios judiciales.

Y, para zanjar finalmente esta cuestión relativa a las competencias de las diversas Administraciones, quisiéramos tan sólo citar la curiosa STS de 11 de octubre de 1990 que, si bien referida a la responsabilidad civil subsidiaria por hechos de los dependientes, en lo siguiente también sería aplicable a la responsabilidad por hechos acaecidos en establecimientos: tratándose de faltas cometidas por dependientes de un Hospital dándose la circunstancia de que las competencias relativas a los servicios sanitarios *durante la tramitación de la causa* se habían transferido del Estado a la Generalitat Valenciana, atribuye a ésta y no a aquél la responsabilidad civil subsidiaria porque *“La Comunidad autónoma ha recibido en*

“En aquellos casos en que el establecimiento radique en un local propiedad de una persona que arrienda a otra su explotación como negocio, será éste, y no aquél, el que en su caso deba responder de los delitos cometidos en el mismo”

transferencia ese servicio y con él las obligaciones resultantes de su gestión y ha de hacer frente a las que surgen ya bajo su mandato". Todo ello con ciertos argumentos, en varios puntos, dudosos.

Hemos visto hasta aquí qué cabe ser incluido bajo los términos de titularidad y establecimiento que maneja el art. 120.3, pudiendo concluir que *"tanto el vocablo titular como la palabra establecimiento se emplean en sentido amplio de fuente de la titularidad por cualquiera que la atribuya a la persona el primero, como de lugar en que se ejerce comercio, industria o profesión de manera habitual la segunda"* en palabras de la Sentencia núm. 1308/2002 de 13 de julio del Tribunal Supremo.

Sin embargo, y por la propia naturaleza y finalidad del precepto, no cabría aplicarlo a delitos cometidos en espacios en donde no se lleve a cabo una actividad organizada que permita conceptualizarlos, propia o extensivamente, como establecimientos, por lo que no es dable aplicar el 120.3 a delitos cometidos en viviendas particulares o en edificios y solares sin actividad organizada alguna, ni tampoco, por los mismos motivos, a la vía pública (como dice el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 octubre del 2000 no puede equipararse dicha expresión de establecimiento la vía pública).

Por otro lado, dado que de acuerdo con la Jurisprudencia del TS que hemos visto, se requiere que la persona jurídica responsable ejerza un control funcional sobre el establecimiento, lo cual implica que dicha persona pueda *ex ante* cumplir con las disposiciones de policía antes del surgimiento del riesgo y que, sensu contrario, si no adopta dichas medidas los daños que como consecuencia se produzcan a posteriori serán de su responsabilidad, ello lleva necesariamente a excluir la exigencia de responsabilidad de los Poderes Públicos en aquellos casos en que éstos se limitan a ejercer sobre los establecimientos privados funciones de supervisión o inspección sobre establecimientos pri-

vados. Tales facultades de policía de la Administración, vastísimas por otro lado, no le hacen responsable de lo que ocurre en todos y cada uno de dichos establecimientos de titularidad privada pues una cosa es el control funcional de un establecimiento y otra muy distinta es su supervisión: de aquí que, p. ej., el citado Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 octubre del 2000 niegue la responsabilidad del Ayuntamiento de Barcelona en locales nocturnos privados abiertos sobre terrenos de propiedad municipal, pues tales establecimientos no son de titularidad municipal sino privadas, siendo irrelevante que el ayuntamiento los supervise mediante el otorgamiento de licencias. O también la Sentencia núm. 175/2011 de 10 de febrero de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona que confirma la no exigencia de responsabilidad del ayuntamiento y de la Comunidad por la lesión de un menor en el curso de una actividad sujeta a licencia administrativa, afirmando que no es posible la exigencia de responsabilidad por la vía del 121 del CP así como la del 120.3, negando respecto de éste *"que en modo alguno sea posible una interpretación extensiva, cuando no analógica, a todas aquellas actividades o negocios que requieren de una autorización o licencia administrativa"*.

C) Determinación del lugar de comisión del delito

Visto anteriormente qué se puede entender como establecimiento y como titular del mismo, procede determinar cuándo puede entenderse que el delito o falta se ha cometido en el establecimiento del titular al que se exige la responsabilidad. En este punto, hemos de hacernos eco de la teoría de la ubicuidad que el Tribunal Supremo utiliza para determinar la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales penales, si bien también podemos tenerla en cuenta para el caso que nos ocupa. Según esta teoría, *"La infracción se entiende cometida en todos los lugares en los*

“En los delitos imprudentes, cabría exigir la responsabilidad del titular del establecimiento si la infracción del deber de cuidado (uno de los elementos del concepto típico de la imprudencia) ha tenido lugar dentro del establecimiento aunque el resultado acaezca fuera del mismo”

que se haya realizado algún elemento del tipo (acción o resultado)", según la STS núm. 540/2008 de 18 de septiembre. De aquí que, en los delitos dolosos, se entenderá cometido el delito en el establecimiento, p. ej., tanto si la muerte de la víctima se produce físicamente en el establecimiento como si el agresor hiere a la víctima dentro del mismo y, sin embargo, la víctima fallece como consecuencia de las heridas en el hospital, dado que en éste último caso al menos uno de los elementos de la conducta típica, la acción, ha tenido lugar dentro del establecimiento. De igual modo, en los delitos imprudentes, cabría exigir la responsabilidad del titular del establecimiento si la infracción del deber de cuidado (uno de los elementos del concepto típico de la imprudencia) ha tenido lugar dentro del establecimiento aunque el resultado acaezca fuera del mismo.

Casos que podrían plantear dudas son aquellos en que el delito acción y resultado tienen lugar fuera del establecimiento pero que se deben a una inmediata sucesión de causas que arrancan en el interior de un establecimiento. Ejemplo típico podría ser el de una discusión en que se enzarzan dos personas en una discoteca, discusión que continúan en el exterior de la misma donde uno apuñala y mata al otro. Aunque la cadena de hechos se haya iniciado dentro del establecimiento, ninguno de los elementos del tipo delictivo (la acción con ánimo de matar y el resultado de la misma) ha tenido lugar dentro del establecimiento, luego de ninguna de las maneras podría exigirse al dueño de la discoteca la responsabilidad civil subsidiaria conforme al art. 120.3 del Código Penal. En términos similares, la Sentencia núm. 7/2003 de 13 febrero de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó la petición de responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento, partiendo del hecho de que la mayoría de los testigos manifestaron que si bien la pelea se inició dentro del recinto ferial, la agresión se produjo fuera, añadiendo también la ausencia de infracción reglamentaria por

parte del Ayuntamiento; Sentencia confirmada en casación por la STS núm. 140/2005 de 3 de febrero.

Al respecto, es clara en este sentido la STS de 10 de diciembre de 1971 que, en un supuesto en que el condenado había un coche ajeno de un taller de reparaciones de automóviles para dar un paseo, teniendo un accidente a la vuelta como consecuencia de su negligente conducción, considera que el dueño del establecimiento (el taller) no debe responder de los daños causados por la imprudencia temeraria, dado que el delito cometido en el establecimiento (hurto de uso de vehículo) se agota en la sustracción, y los daños se derivan de un segundo delito que se ha producido fuera del establecimiento. Expresamente señala dicha sentencia que en virtud de *"la precisión localista que dicho precepto establece, exigiendo que los delitos se cometieran en los establecimientos que dirijan dichas personas"* conlleva que deba rechazarse su aplicación a infracciones penales que sucedan fuera del establecimiento y, asimismo *"también las que aún habiendo tenido su origen y realización dentro del establecimiento, se produzcan, en sus resultados, fuera del mismo, a medio de otro delito con localización diferente"*. También, en este mismo sentido, la STS núm. 1150/2006 de 22 de noviembre que rechaza que pueda extenderse la responsabilidad civil que pudiera corresponder al titular del establecimiento en que el acusado cometió un asesinato a las lesiones que a continuación infringió a un taxista ya fuera del mismo.

Visto lo anterior, sorprende por lo absolutamente desacertada, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 47/2007 de 8 enero. Los hechos que contempla la misma son, resumidamente los siguientes: en ejecución de un plan de fuga preconcebido por dos presos en el Centro Penitenciario de Lleida, J.M. y B., éstos procedieron del siguiente modo: J.M., aprovechando un permiso, no vuelve al centro; posteriormente, en la fecha acordada, D. se autolesiona como

consecuencia de lo cual dos Mossos de Esquadra le llevan a un centro de salud en el exterior de la prisión y, cuando se disponen a volver, J.M. hace acto de presencia y dispara a los dos Mossos de Esquadra, iniciándose la fuga de B con J.M. Huidos y escondiéndose de la policía, casi un mes después ambos abordan a una pareja en un coche matando al novio y violando a la novia. Pues bien, a pesar del hecho evidente de que ninguno de los cuatro delitos con resultado lesivo (las lesiones a los dos Mossos y el asesinato y la violación) han tenido lugar dentro de ningún establecimiento penitenciario (ni la acción típica ni el resultado), la citada Sentencia, casando la de la Audiencia, exige la responsabilidad subsidiaria de la generalitat por la vía del 120.3, entendiéndose que el plan se había tramado dentro de la prisión y que las autoridades penitenciarias habían incurrido en negligencia, concluyendo que *"Cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad"*.

Lo cual supone flagrantemente omitir lo que dice el tenor literal del 120.3 que exige que el delito se haya cometido dentro de un establecimiento, ignorar el fundamento y finalidad del mismo, pues por muy relevantes que sean las infracciones reglamentarias cometidas por las autoridades Administrativas, si el hecho delictivo ha ocurrido extramuros de un establecimiento penitenciario no se da el primero de los presupuestos para aplicar el citado precepto. Apartándose así de toda la Jurisprudencia del propio Tribunal Supremo que configura dicho requisito, la comisión dentro de un establecimiento, como esencial para poder exigir la responsabilidad subsidiaria que estudiamos, yespecíficamente pronunciamientos como el de la STS de 20 de febrero de 1986 (que entiende que la reclamación de daños

a la Administración penitenciaria por los hechos delictivos ocasionados por presos fuera de la prisión durante el disfrute de permisos penitenciarios es materia de responsabilidad patrimonial de la Administración competencia de la Jurisdicción Contenciosa y no de la penal) o la STS núm. 966/2001 de 29 de mayo (que establece que respecto de la exigencia, en su caso, de reparación al Estado por los daños derivados de un delito cometido por una persona disfrutando de un permiso penitenciario concedido por el juez de Vigilancia Penitenciaria *“el camino es el previsto en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial que contemplan los daños y perjuicios producidos por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”*, no la vía penal).

Señalar por último que si bien las erróneas consideraciones de la citada Sentencia del Supremo del año 2007 se han mencionado en otras resoluciones posteriores (si bien esencialmente en razonamientos *obiter dicta*) también hay pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal que parecen enderezar esta cuestión, como la STS núm. 115/2011 de 25 de febrero que revoca la Sentencia recurrida que declaraba la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración canaria por el delito cometido fuera del Centro en donde estaba internado (por la previa comisión de otros delitos) y del que se había fugado, casando dicha Sentencia en el sentido de exonerar a la Administración de la responsabilidad subsidiaria, entre otras consideraciones, porque *“es evidente que no se ha producido el requisito de la comisión espacial en recinto correspondiente a la Administración demandada civilmente”*. Sentencia que a su vez cita la Sentencia del mismo Tribunal núm. 893/2010 de 4 de octubre.

III) El elemento normativo: Que por parte de quienes dirijan o administren los establecimientos, o de sus dependientes o empleados,

se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido.

Este segundo requisito es desdoblado, a nuestro juicio con acierto, en dos por la citada Sentencia núm. 370/2010 de 29 abril desdobra este requisito en dos: A) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna *“infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad”*; B) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados.

Analicemos uno y otro requisito:

A) La infracción normativa

Las recientes Sentencias que se ocupan de definir este requisito, con pocas variaciones, vienen a expresar este requisito en términos como los siguientes, extraídos de la anteriormente citada Sentencia de 29 de abril de 2010: *“que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna ‘infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad’, debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros”*.

En cuanto a qué requisitos ha de tener dicha norma infringida, podemos hacer las siguientes cuatro consideraciones:

a) Ha de ser una norma positiva

Es preciso tener en cuenta que el Código Penal no alude a una infracción del deber de cuidado en los términos genéricos que maneja la Jurisprudencia para definir la imprudencia, sino que utiliza términos más precisos: *“reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad”*. Cuando habla de reglamentos hay que entenderlo como norma jurídica positiva sin excluir, es obvio, las normas de

“No es infrecuente que la exigencia de responsabilidad civil subsidiaria se base en la infracción de preceptos positivos de carácter general”

rango legal. De aquí que, como señala la STS núm. 1433/2005 de 13 diciembre *“Esta última expresión se debe interpretar con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la Ley o por cualquier norma positiva de rango inferior”*. Aunque, al mencionar también el precepto *“disposiciones de autoridad”*, cabría también entender comprendidas no sólo las normas positivas, sino órdenes concretas de la autoridad que no constituyen propiamente normas sino actos administrativos (posibilidad a la que apuntan Sentencias como la STS 1308/2002 de 13 de julio, al mencionar igualmente, además de las normas jurídicas, la *“simple disposición adoptada por quien sea autoridad, según el artículo 24 del Código Penal la define, y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones”*).

b) Se deben excluir, por tanto, reglas que no constituyen normas jurídicas positivas, como p. ej. reglas internas de la empresa o cláusulas contractuales.

Efectivamente, esto ya le quedó claro al Tribunal Supremo desde antiguo, en Sentencias como, p. ej., la antiquísima de 31 de marzo de 1888 que en un supuesto de robo de equipajes en un vagón mediando la falta de cierre con candado por parte de un dependiente como ordenaba la empresa, exime a la empresa de responsabilidad porque tal obligación no deriva de ningún precepto obligatorio dictada por autoridad alguna, dejando a salvo las acciones civiles derivadas relaciones jurídicas ente la empresa porteadora, y remitentes y consignatarios perjudicados.

Con todo, las recientes Sentencias del Supremo tienden a introducir ciertas coletillas como que también cabría entender bajo tal expresión *“incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros”* en palabras de la STS núm. 768/2009 de 16 de julio, si bien en contra de ello hay que decir que: 1) Va en contra del tenor literal de la norma que

habla de normas positivas o disposiciones de autoridad. 2) Tampoco casa con el tipo de supuestos que prevé la norma, pues la regla del *alterum non laedere* en relación a las empresas les impone el deber de adoptar las medidas para evitar que los riesgos propios de su actividad se desplieguen acabando por dañar a otros: pensemos p. ej. en las inmisiones de una fábrica que perjudican al predio contiguo o contaminan el medio ambiente. Pero no casa con los supuestos en que un tercero ajeno a la empresa cometa un delito en sus dependencias, pues claramente la comisión de tales delitos no es un riesgo propio inherente a la actividad de cualquier empresa.³⁾ Afortunadamente no hay ni una sola Sentencia que se base en tal laxa consideración para exigir la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de establecimientos, sino que todas ellas se esfuerzan en localizar al menos un precepto legal o reglamentario que se entienda conculcado, aun siendo un precepto genérico.

En este sentido hay que señalar que no es infrecuente que la exigencia de responsabilidad civil subsidiaria se base en la infracción de preceptos positivos de carácter general, como, p. ej. en el caso de los cheques falsificados presentados en entidades bancarias. Jurisprudencia que en un buen número de resoluciones hace recaer la responsabilidad civil subsidiaria de los bancos en ocasiones con mera mención del art. 156 de la Ley 19/1985 Cambiaria y del Cheque (*“El daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa”*), lo cual *per se* es insuficiente, pues tal precepto por sí sólo únicamente establece una responsabilidad en el ámbito de una relación jurídico-privada pero no un deber específico a cargo del Banco. Por ello Sentencias como la 370/2010 de 29 de abril del Tribunal Supremo se esfuerzan, con acierto, en asentar el deber de comprobación de la

“Otro ejemplo, especialmente frecuente, de infracción de un deber normativo genérico lo encontramos en el caso de delitos en establecimientos penitenciarios, donde las Sentencias se fundamentan en los artículos de la LOGP como el 3, 45 o el art 75 del Reglamento Penitenciario”

autenticidad de la firma del librador en el título valor en preceptos legales positivos, amparándose en lo que resulta de preceptos como el 1162 o los artículos 255 y 307 del Código de Comercio e incluso en diversas circulares del Banco de España.

Otro ejemplo, especialmente frecuente, de infracción de un deber normativo genérico lo encontramos en el caso de delitos en establecimientos penitenciarios, donde las Sentencias, como la STS 1186/2010 de 30 de diciembre, se fundamentan en los artículos de la LOGP como el 3 (que indica “*La administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos*”), 45 (que prevé la posible utilización de medios coercitivos para impedir actos de violencia de los internos o evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas) o el art 75 del Reglamento Penitenciario (que permite la adopción, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, de medidas que impliquen limitaciones regimentales).

En tales casos, dado que no es lo mismo un deber concreto (p. ej. una obligación de tener tantos extintores impuesto por una norma positiva), que un deber genérico como los que acabamos de ver, puesto que aquéllos ya evidencian los concretos actos para su cumplimiento mientras que éstos requieren de la realización por el establecimiento de medidas determinadas que no enumera la norma, es preciso realizar un análisis adicional de si las concretas actuaciones llevadas a cabo por los titulares o dependientes en cumplimiento de tal deber genérico se han de entender suficiente. Lo cual ha de llevar a analizar el grado de diligencia en cumplimiento de dicho deber genérico y, en consecuencia, si se prueba que se adoptaron todas las diligencias que razonablemente serían exigibles cabría exonerar al titular del establecimiento de toda responsabilidad civil subsidiaria. Así lo entienden, p. ej., la STS 204/2011 de 23 de marzo en materia de cheques falsos presenta-

dos al cobro en establecimiento bancario exonera a éste de responsabilidad al haber “*quedado acreditado que los cajeros de los bancos, tal y como han declarado procedieron al pago de los cheques después de haber procedido a hacer las comprobaciones de las firmas digitalizadas. En este sentido los peritos que declararon en el Juicio admitieron que los cheques falsos estaban muy bien hechos y que no era fácil detectar la falsificación*”.

Y lo mismo sería aplicable al caso de la responsabilidad por delitos cometidos en establecimientos penitenciarios, en donde pese al rigor de la amplia mayoría de las Sentencias del Supremo que sí entienden exigible la responsabilidad del Estado en estos casos, no obsta para que también haya algunas Sentencias que exoneran de responsabilidad a la administración penitenciaria cuando no aprecian falta de diligencia al cumplir el deber genérico de velar por la seguridad en las mismas, como hizo el Tribunal Supremo en la Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1909/1993 de 21 de julio al confirmar la inexistencia de responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delito en establecimiento penitenciario al no haberse constatado infracción reglamentaria por los funcionarios del mismo. Como también manifiestan la Sentencia núm. 170/2006 de 30 de mayo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia (que no ve infracción reglamentaria alguna en los funcionarios de prisiones que determine la responsabilidad civil por una agresión súbita e inesperada de un preso contra otro en el patio de la prisión); la Sentencia núm. 58/2005 de 1 marzo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia (que en el caso de una agresión de un preso a otro en respuesta de un previo altercado mucho tiempo atrás, hace hincapié en la absoluta imprevisibilidad de dicha agresión “*lo que evidencia serias y razonables dudas sobre la evitabilidad del suceso aun en el supuesto de una mayor proximidad de los vigilantes*”, determinado

“Otro requisito implícito y obvio es que la norma cuya infracción ha de sustentar la exigencia de responsabilidad civil ha de ser una de las que disciplinan la actividad del establecimiento”

la inexistencia de infracción alguna por parte de éstos), o la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª) en la Sentencia núm. 372/2008 de 24 de octubre.

Además, aunque el art. 120.3 del Código Penal no los menciona expresamente ni tampoco la Jurisprudencia se ha ocupado habitualmente de explicitarlos, entendemos que la norma infringida debe reunir además dos requisitos adicionales, que derivan de la ratio del precepto.

c) La norma infringida debe ser de las que rigen la actividad del establecimiento

Por otro lado, otro requisito implícito y obvio es que la norma cuya infracción ha de sustentar la exigencia de responsabilidad civil ha de ser una de las que disciplinan la actividad del establecimiento. Si la infracción es de un deber normativo que queda extramuros del marco regulatorio de la actividad de la empresa no debería dar lugar a la exigencia de tal responsabilidad al titular de la misma. Pensemos en el siguiente ejemplo: el dependiente de un establecimiento porta un arma con la correspondiente licencia; sin embargo, una vez finalizada el horario de actividad del establecimiento, de modo negligente la exhibe a un compañero del trabajo de modo que el arma se dispara causando la muerte del citado compañero. En teoría, y descartada la exigencia de responsabilidad por la vía del 120.4 del Código, tendríamos un delito de homicidio imprudente cometido en un establecimiento y una infracción reglamentaria (art. 147 del Reglamento de Armas) imputable a un dependiente del titular del establecimiento, infracción reglamentaria relacionada con el hecho punible sin la cual no se hubiera producido el delito. Esto es, se dan nominalmente todos y cada uno de los requisitos del 120.3. Sin embargo, a nadie se le ocurriría, habiendo visto que el fundamento de la responsabilidad del empresario es la realización de una actividad organizada en un establecimiento que le permite tener un control funcional del

mismo, exigirle responsabilidad como tal empresario por la inobservancia de un deber que nada tiene que ver con la actividad que como tal desarrolla.

d) La norma debe tener como objetivo la seguridad en sentido amplio

Como decimos, la norma o disposición cuya infracción puede fundamentar la responsabilidad del titular del establecimiento ha de estar orientada teleológicamente a garantizar la seguridad en el mismo. En efecto, es absurdo que se haga responder al titular del establecimiento por la omisión de deberes reglamentarios que en absoluto van dirigidos directa o indirectamente a evitar hechos delictivos, aunque hipotéticamente guarden relación de causalidad con el hecho luctuoso cometido en el establecimiento.

Pensemos que, p. ej., el titular de una discoteca no establece las medidas oportunas para que los menores entren en ella. El titular asume las consecuencias que previsiblemente se derivarían de la infracción de la norma que persigue como finalidad proteger al menor, pensemos p. ej. en la intoxicación ética del menor. Pero supongamos que el menor, una vez en el interior, comete un robo a pesar de las medidas de seguridad contra robos que el titular de la discoteca diligentemente ha adoptado: está claro que si el titular hubiese cumplido la normativa de protección de los menores el delito no se hubiera cometido, pero no es de justicia que el titular responda de una consecuencia absolutamente imprevisible de la infracción de una norma que persigue la protección de los menores y no evitar que éstos cometan delitos en el establecimiento.

Tal requisito podemos entenderlo implícito en la expresión del art. 120.3 “los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido”. Asimismo así lo entiende CAVANILLAS MÚGICA y se menciona por algún fallo jurisprudencial (STS 544/2008 de 15 de septiembre: “En la actualidad la idea

“Es absurdo que se haga responder al titular del establecimiento por la omisión de deberes reglamentarios que en absoluto van dirigidos directa o indirectamente a evitar hechos delictivos, aunque hipotéticamente guarden relación de causalidad con el hecho luctuoso cometido en el establecimiento”

matriz del art. 120.3 parece residir en declarar civilmente responsables a quienes tuvieran el deber de impedir o dificultar el hecho criminal de tercero. Con ello se justifica la presencia en el CP—y no en el CC— del precepto. Y la norma infringida por el responsable civil debe tener como finalidad principal, poner obstáculo a dichos actos criminales”.

Y, además, dicho requisito nos puede permitir resolver aquel ejemplo que la doctrina decimonónica se planteaba: la infracción del horario de apertura del local donde se comete el delito, pese a que es claro que el delito no se hubiera cometido de estar abierto, ¿ha de permitir una exigencia de responsabilidad civil al titular? Dado que normalmente el horario de los establecimientos no van dirigido a la seguridad sino a la simple regulación de la actividad comercial o laboral, no cabría derivar de su infracción la exigencia de responsabilidad civil de delitos que en absoluto la autoridad o el legislador tenía en mente al establecer las restricciones de horarios. En este sentido se manifiesta el autor que acabamos de citar y que menciona en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 24 de abril de 2001. También en este sentido fallos como el auto núm. 120/2004 de 18 de julio de la AP Murcia (Sección 5ª), encontrando sin embargo un pronunciamiento en contra de la AP Tarragona (Sección 2ª), auto núm. 314/2002 de 9 octubre, si bien éste último también atiende a la falta de medidas de vigilancia.

B) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados

Requisito que claramente determina el art. 120.3 y que claramente conecta con su fundamento: el empresario que desarrolla una actividad organizada en un establecimiento ordena la actividad de quienes bajo su dependencia operan en el mismo y, en el marco de dicha ordenación, puede y debe asegurarse

de que dichos dependientes cumplen la normativa que rige dicha actividad a fin de garantizar la seguridad. Lo cual hace que el titular del establecimiento responda:

a) No sólo de las consecuencias de sus propias infracciones como director del establecimiento (en el bien entendido, como precisa CARMEN ALASTUEY DOBÓN¹⁰, de que si la titularidad del establecimiento y su dirección recaen en personas distintas, la infracción habilitante para exigir la responsabilidad que estudiamos puede provenir de una u otra fuente: pensemos, p. ej., que puede dar lugar a la responsabilidad civil derivada de un delito cometido en una entidad bancaria, tanto el hecho de que el Consejo de Administración del Banco decida suprimir medidas preceptivas de seguridad, como el que sea el director de la sucursal quien decida no aplicarlas)

b) Sino también de las infracciones imputables a sus dependientes o empleados.

Respecto de esta cuestión, hay que hacer hincapié en las siguientes consideraciones que encontramos en la Jurisprudencia:

En primer lugar, la relación a la que hace referencia ha de entenderse en un sentido amplio como cualquier relación, con independencia de su régimen jurídico, por el que el “dependiente” esté sometido de algún modo a la ordenación del titular o administrador del establecimiento. Por ello no se limita tal concepto a los trabajadores sujetos al derecho laboral, sino también a personas que actúan bajo la ordenación del empresario aunque sea bajo un contrato civil (p. ej. de arrendamiento de servicios) o mercantil o administrativo. Y también es irrelevante el carácter permanente o esporádico de tal relación.

Ahora bien, ha de haber algún género de relación directa de dependencia en sentido amplio, cualquiera que sea su régimen jurídico, entre el titular y la persona infractora. En este sentido es obligado citar la Sentencia del Tribunal

“Ha de haber algún género de relación directa de dependencia en sentido amplio, cualquiera que sea su régimen jurídico, entre el titular y la persona infractora”

Supremo núm. 332/2003 de 21 de marzo, que examina el caso de un asesinato de un pub que materialmente era regentado por el propio asesino, si bien la titular arrendaticia era su hermana. En este caso el Tribunal niega que se pueda exigir responsabilidad civil subsidiaria (por cualquiera de las dos vías del 120 en sus números 2º y 4º) a la hermana titular arrendaticia por falta de dependencia entre el autor y la citada titular arrendaticia, pues *“Si bien jurisprudencialmente se ha dado una interpretación amplia admitiendo toda clase de relaciones de dependencia ya sea permanente o esporádica, o retribuida o no, lo que no se ha admitido es que tal género de responsabilidad civil se produzca si no existe esa clase de nexo de dependencia del criminal y civilmente responsable”*.

Lo cual también ha de tener relevancia en los no infrecuentes casos de subcontratas. Así, si una parte de la actividad que una empresa desarrolla en un establecimiento se subcontrata con otra empresa, la responsabilidad sobre dicho sector concreto se desplaza de la subcontratante a la subcontratista. Y si la infracción reglamentaria sin la cual no se hubiera cometido el delito es imputable a un trabajador de la subcontratista, no podrá exigirse responsabilidad por la vía del 120.3 a la empresa titular del establecimiento, dado que entre ella y el sujeto que ha incumplido la disposición reglamentaria no hay relación de dependencia alguna. Piénsese lo relevante que puede ser esto, p. ej., en aquellos casos en que la seguridad de un edificio público se subcontrata a determinadas horas en una empresa privada de seguridad.

Respecto de esta obvia conclusión no encontramos demasiados casos en la jurisprudencia que la acojan, con la única salvedad de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1253/2001 de 19 mayo que, en el caso de un intento de homicidio en una discoteca que había subcontratado los servicios de seguridad a otra empresa, entiende que ésta, y no la sociedad titular de la discoteca, es la res-

ponsable civil subsidiaria por el delito ex art. 21 del CP de 1973, confirmando el criterio de la A.P. de Lleida en el sentido de considerar que la Empresa de seguridad subcontratada *“había asumido contractualmente la seguridad de la discoteca Wonderful donde tuvieron lugar los hechos, lo que situaba a ésta en el lugar del empresario titular de la misma, y por tanto, le hace responsable civilmente por las negligencias en el servicio de seguridad al que se había comprometido por el Convenio celebrado a tal fin”*.

Por otro lado sí encontramos varias Sentencias que abordan casos cercanos en los que, tratándose de delitos cometidos por un dependiente de una empresa subcontratista respecto de una principal, se entiende que la responsabilidad civil por delitos cometidos por dependientes (120.4 actual, anterior 22 del CP) alcanza a la subcontratista pero no a la principal, pues entre el autor del delito y la empresa principal no hay relación de dependencia (lo cual, *a fortiori* debería también aplicarse a los supuestos del 120.3 en los que la responsabilidad del empresario se funda de una infracción no penal de sus dependientes). Así la STS núm. 1362/1998 de 14 de noviembre, en el caso de un homicidio frustrado cometido por un guarda jurado al servicio de la empresa de seguridad G.C de P. a la que había contratado sus servicios la empresa A. S.A., niega que la responsabilidad civil alcance a ésta; o también, citando esta Sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) en su Sentencia núm. 336/2002 de 26 septiembre, rechaza la pretensión de responsabilidad civil subsidiaria por el 120.3 (o por el 120.4) de la Comunidad de Propietarios en cuyo edificio se realizan obras contratadas a una empresa, cuyo uno de sus responsables es condenado por las lesiones causadas en el curso de tales obras, precisamente atendiendo a la falta de dependencia entre el infractor y la Comunidad. También guarda ciertas similitudes el caso examinado por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) en su Sentencia núm. 299/2011 de

7 de septiembre. No obstante, y en una línea contraria, la STS núm. 1012/2005 de 8 septiembre confirma la Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 26 de abril de 2004 que establece la responsabilidad subsidiaria, a la vez, de la empresa que organizaba el concierto en el que se cometió un homicidio y de la empresa de seguridad subcontratada.

No obstante, dejando a un lado en que sí pueda apreciarse infracciones reglamentarias tanto en el personal de la empresa principal como en la subcontratada, pues en este caso sí puede apreciarse la responsabilidad civil de la principal. Así sucede frecuentemente en los casos de lesiones en el ámbito laboral, dado que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (fundamentalmente el art. 24, entre otros) imponen a las empresas principales la obligación de velar que las contratistas y subcontratistas cumplan la normativa de prevención de riesgos laborales.

Por otro lado, la Jurisprudencia del Supremo y de otros Tribunales inferiores ha dejado claro que es necesario que la infracción reglamentaria que habilita la aplicación del art. 120.3 sea imputable a cualquiera de los dependientes del responsable civil, pero no es necesario individualizar a qué concreto dependiente es imputable la infracción reglamentaria. Lo cual, a efectos prácticos, obliga, al que pretende exigir la responsabilidad civil, a probar que la infracción de las disposiciones de autoridad que ha hecho posible la comisión del delito ha de provenir necesariamente del círculo de dependientes del empresario liberándose, no obstante de la carga de probar cuál de éstos es el concreto infractor. En palabras de la tantas veces citada STS núm. 370/2010 de 29 de abril *“No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por difi-*

cultades de prueba, no sea posible su concreción individual”.

Con todo lo anterior, damos por finalizado el tercer requisito de la responsabilidad que estudiamos, y que hemos dado en denominarlo como el requisito normativo.

IV) El elemento causal: Que entre la infracción reglamentaria cometida por el titular o sus dependientes, y el delito perpetrado haya tal relación “de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”

Supuesto que el delito haya tenido lugar dentro de un establecimiento, y probado que el que lo dirige o administra, o sus dependientes, han incurrido en una infracción reglamentaria en materia de seguridad, ello no serviría por sí solo para determinar la responsabilidad del titular del establecimiento, puesto que es necesario que entre la infracción reglamentaria y el delito haya una relación tal que *“éste no se hubiera producido sin dicha infracción”*.

Sin embargo, en torno a esta relación causal que debe haber entre la infracción reglamentaria y el delito cometido en un establecimiento, nos encontramos con una dificultad: si atendemos estrictamente a lo que, utilizando la terminología aristotélica, podríamos llamar la *“causa eficiente”*, vemos que el nexo causal se establece directamente entre la conducta del delincuente (que no tiene relación alguna con el establecimiento, recordemos) y el resultado lesivo, con lo que la infracción reglamentaria del titular o dependientes del establecimiento quedarían fuera del descrito *“iter causal”*. Por ello, cuando hablamos de la relación causal entre la infracción reglamentaria y el delito, hemos de tener en cuenta que estamos hablando de una causa circunstancial o coadyuvante, de las que sirven de escenario para posibilitar el delito, pero de tal entidad que de no haber acaecido el delito probablemente nunca hubiera tenido lugar.

Tales apreciaciones son recogidas en la Sentencia núm. 768/2009 de 16 de

julio que señala: *“Mas debemos reparar que el binomio infracción-daño no se puede construir con semejante nitidez. La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero –autor material del hecho–. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél”*. Si bien, precisando dicha Sentencia a continuación que *“En todo caso ha de constatarse una conexión causal –más o menos directa– entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula”*.

Y es que, a la hora de interpretar este último requisito, hemos de huir de dos posiciones extremas, a saber:

a) Una posición en exceso restrictiva que únicamente exija responsabilidad en el caso de apreciar una relación causal directa y una correspondencia unívoca entre la infracción y el resultado lesivo, en términos idénticos a la que ha de haber entre la acción del reo y el citado resultado. Posición que, además de no ajustarse a la realidad de los casos que tiene el mente el legislador al redactar el 120.3, lo haría prácticamente inaplicable, tal y como acertadamente advierte el profesor YZQUIERDO TOLSADA¹¹ en los siguientes términos: *“No creo que se pueda pensar en una exigencia rígida de que deba existir una relación causal*

directa entre la infracción de los reglamentos de policía o de las disposiciones de la autoridad y el hecho punible cometido, pues en tal caso la norma apenas tendría aplicación, ya que los posibles supuestos se reconducirían a los previstos por la regla 4ª.

b) Y una posición en exceso laxa, que venga a aplicar el 120.3 cuando el operador jurídico aprecie la simple concurrencia en el espacio y el tiempo entre la infracción reglamentaria y la penal en el establecimiento, ya sea sin estudiar la relación entre una y otra, ya sea bastándole cualquier género de relación causal por muy débil que sea. Este segundo riesgo es el que más ha preocupado al legislador en las reformas de los sucesivos códigos. Y es que, no olvidemos, el legislador ya en el año 1928 y posteriormente en 1944 se preocupó de matizar los términos de este precepto, que podía aplicarse de forma automática e injusta, exigiendo que además de la concurrencia de la infracción reglamentaria, hubiese una relación entre ésta y la penal. Y en el año 1995, además, el legislador introdujo el requisito de que sin la infracción reglamentaria no se hubiera producido la penal. Por ello alguna Sentencia del Tribunal Supremo habla de “relación de causalidad reforzada” como p. ej., la STS nº 963/2010 de 21 octubre que señala “De aquí se desprende que no se da en el presente caso la relación de causalidad, además reforzada, que exige el entendimiento del precepto entre la omisión de la que se acusa y el suceso acaecido, que además no se hubiese producido sin dicha infracción (causalidad reforzada)”.

Esta errónea, por excesivamente laxa, aplicación del precepto desgraciadamente la encontramos en alguna Sentencia de tribunales inferiores e, incluso, en alguna reflexión del Tribunal Supremo como la Sentencia núm. 108/2010 de 4 febrero donde aprecia como infracción reglamentaria la falta de denuncia por los responsables del establecimiento de una previa agresión como infracción, y señala que “En

el ámbito resarcitorio es suficiente con constatar que la denuncia de los hechos hubiera disminuido el riesgo de que se perpetrara la segunda acción delictiva”, cuando no ha de bastar la mera disminución del riesgo sino que es necesario poder afirmar que sin ella el delito (al menos con una alta probabilidad) no se hubiera producido. Lo cual, dicho sea de paso, la citada Sentencia vendría a afirmar, matizando la consideración anterior, añadiendo que “Debe, pues, concluirse que sí se da el supuesto previsto en el art. 120.3º del C. Penal toda vez que si los responsables del centro socio-sanitario hubieran cumplimentado lo dispuesto en los arts. 259 y 262 de la LECr existía una notable posibilidad de evitar el homicidio y los perjuicios que del mismo se derivaron”.

Pero, como decimos, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en líneas generales interpreta esta relación de causalidad en sus justos términos, en el sentido de exigir responsabilidad cuando, con gran probabilidad, pueda afirmarse que sin la infracción reglamentaria no hubiera tenido lugar el delito. Y, por consiguiente, cuando no se da esta causalidad reforzada, esto es, cuando el delito se hubiera cometido no obstante la infracción reglamentaria, no procede exigir la responsabilidad civil subsidiaria que examinamos pues, como señala la Sentencia del TS núm. 115/2011 de 25 de febrero “no basta con detectar irregularidades en el cumplimiento de las previsiones reglamentarias, sino que es necesaria una conexión causal entre la infracción de los reglamentos y el resultado, de tal manera que, sin dicha infracción, el tercero no hubiera cometido el delito”.

Resulta aplicable aquí, por otro lado, el examen de las posibles fracturas del curso causal estudiadas por la doctrina civilista. En particular, puede ser relevante examinar si concurre o no, y en qué medida, la culpa de la propia víctima, lo que se contempla específicamente el Código Penal en su art. 114 (“Si la víctima hubiere contribuido con su conduc-

“La Jurisprudencia del Supremo y de otros Tribunales inferiores ha dejado claro que es necesario que la infracción reglamentaria que habilita la aplicación del art. 120.3 sea imputable a cualquiera de los dependientes del responsable civil, pero no es necesario individualizar a qué concreto dependiente es imputable la infracción reglamentaria”

NOTAS

1) MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª Edición, Barcelona, 1998.

2) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES; *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 2007.

3) Para un estudio general de responsabilidad civil *ex delicto* al Estado, se recomienda especialmente la lectura del apartado "La responsabilidad civil derivada del delito" de AQUILUÉ ORTIZ, F. JAVIER, en *Manual de Responsabilidad Pública*, VV.AA, editado por la Abogacía del Estado. Madrid, 2004.

4) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO; *El Código Penal de 1870*. Madrid, 1902.

5) PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO. *El Código Penal*. Madrid, 1856.

6) VIADA Y VILASECA, SALVADOR. *El Código Penal Reformado de 1870*. Madrid 1890.

7) VIZMANOS, TOMÁS MARÍA DE, y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, CCIRILO. *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1848.

8) CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO. "Responsabilidad por hechos ajenos". En *Responsabilidad Civil "ex delicto"*. CGPJ. Madrid, 2005.

9) GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J.M.; *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*. Barcelona, 1998.

10) En VV.AA. *Comentarios al Código Penal*. Lexnova. Madrid 2010. También, en este sentido, la misma autora ASTALUEY DOBÓN en VV.AA. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

11) YZQUIERDO TOLSADA, M. *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Madrid, 1997.

ta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización"). Una curiosa aplicación de este precepto la encontramos en la Sentencia núm. 17/2002 de 23 de septiembre del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, que confirma el criterio del Tribunal a quo en este sentido: el condenado, un recluso, lo había sido por un homicidio a otro recluso que previamente había atacado a aquél con un pincho carcelario, pincho que el condenado logra arrebatárselo a su agresor y, excediéndose en la fuerza empleada, propinó dos puñaladas al agresor que le causaron la muerte. En conformidad, las acusaciones y la defensa acuerdan exigir 3 años de prisión, entendiéndose aplicable la exigente incompleta de legítima defensa. Y el Magistrado-Presidente del Jurado, considerando que entre la pena mínima del homicidio (10 años) y la pena que se impone de acuerdo con la conformidad hay una relación del 30%, aplica la misma reducción a la indemnización de la responsabilidad civil.

Por último, no ha de dejar de mencionarse una última cuestión, por obvia que sea: aunque haya un delito o falta, cometido en un establecimiento, mediante infracción reglamentaria por su titular o dependientes, sin la cual no se haya cometido el delito, es necesario además que el daño cuyo resarcimiento se pretende exista y esté causalmente conectado con la acción del responsable principal. Pues de lo contrario no podrá exigirse la responsabilidad civil del responsable principal y, por consiguiente, tampoco la del responsable subsidiario. Así, la Sentencia del TS nº 132/2008 de

12 de febrero que, estimando el recurso del Abogado del Estado, declara que no ha lugar a exigir la responsabilidad civil por un homicidio acaecido en un establecimiento penitenciario (ni frente al condenado por homicidio ni, por consiguiente, frente al Estado como responsable civil subsidiario) indemnizando a los hermanos de la víctima dado que quedaba de manifiesto la total ausencia material de relaciones familiares entre éstos y el fallecido, no dándose por tanto relación alguna efectiva y afectiva los hermanos con el fallecido Donato, ni situación de dependencia económica que justifique la existencia del daño moral pretendido.

CONCLUSIÓN

Confiamos en que tras lo expuesto en el presente artículo se haya arrojado luz sobre el régimen aplicable a la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de los establecimientos, régimen que el legislador, en el actual artículo 120.3 del Código Penal ha tenido cuidado en condicionarlo a la concurrencia de una serie de requisitos que hemos estudiado. Requisitos sin los cuales no puede exigirse dicha responsabilidad en el procedimiento penal, si bien siempre cabe la posibilidad de acudir a las otras vías resarcitorias que el ordenamiento prevé (la civil, o la administrativa para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración). Y esperamos, en definitiva, que en lo posible se evite el riesgo de "llamar a la puerta equivocada" pretendiendo erróneamente exigir lo que el Código Penal no dice y debería ventilarse ante la Jurisdicción Civil o Contenciosa. ■