

Abogados del Estado

Año X, Número 38 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN



Entrevista a José Pedro Pérez-Llorca

“La Constitución de 1978 está en vigor, y una norma en vigor es una norma viva”



Entrevista a
Francisco Javier
Velázquez López
Pág. 11



Cena homenaje
a nuestros compañeros
jubilados
Pág. 20



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.

El Consejo de Ministros creó en su día la llamada CORA para, en un breve plazo, tras recabar información de las Administraciones Públicas y de sus Departamentos, Consejerías, Plenos, Comisiones, órganos, Organismos y demás infinitas entidades que habitan el universo del sector público, después de estudiar los datos y generar ideas reformadoras, emitir un informe sobre los defectos, errores, aciertos y soluciones que gravitan sobre la Administración Pública en su conjunto. Para ello se ha contado con la participación de diversos agentes sociales –entre los que se encuentra FEDECA– y sólo a través de la participación ciudadana se han recibido más de 2.000 sugerencias.

El resultado es un voluminoso informe de 250 páginas, presentado el 21 de junio de 2013 y publicado en la web de Moncloa, donde, aparte de la proposición de medidas de carácter general, se articulan las más específicas relativas a cada una de las cuatro subcomisiones en las que se dividió la CORA: Duplicidades Administrativas, Simplificación Administrativa, Gestión de Servicios y Medios Comunes y Administración Institucional. En total, 217 medidas.

Llama la atención, en primer lugar, la buena acogida de las medidas reformadoras, tanto en los medios de comunicación como incluso en los grupos políticos de oposición; cosa lamentablemente infrecuente en nuestro país, incapaz de alabar lo bueno que haga aquel a quien se considera enemigo.

Y es que la lectura del diagnóstico y de los remedios a aplicar a nuestra Administración parece, en general, salvo discrepancias concretas, plenas de sentido común. Entonces, ¿cómo es que hasta ahora se han permitido, sin poner freno ni remedio, situaciones y hechos como los que se describen en el informe, y que en algunos casos no cabe sino tildar de espeluznantes?, ¿es que en España tiene que haber una situación crítica como la que venimos padeciendo para que nuestros gobernantes hagan sus deberes? Desde luego este informe evoca hacia el pasado malísimas decisiones de gobierno, peores prácticas de gestión, desidias, inercias y errores, incluso corrupciones y corruptelas, que caerán en el olvido de la irresponsabilidad personal pero que deberían, a todos los que nos ocupamos de la res publica, grabarnos a fuego que a la Administración Pública hay que cuidarla y no abandonarla a la deriva, para cuando la crisis pase.

Una vez emitido el informe viene lo más difícil: ahora hay que ejecutarlo con decisión, superando cuantos obstáculos se presenten, con pleno respeto a los derechos de los abnegados servidores públicos y de los ciudadanos. ■



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

Andrés Arche

Edmundo Bal

Julio Díez

Jesús López-Medel

Catalina Miñarro

Javier Morales

Lucía Pedreño

Dirección y Diseño Gráfico

Art Factory Comunicación S.L.

C/ Torquemada 16 4º. 28043 Madrid

www.artfactory.es

artfactory@artfactory.es

Fotografías

Alba Taboada García

www.mju.es

www.commonswikimedia.org

www.lamoncloa.gob.es

www.minhap.gob.es

Coordinador técnico

Luis Soriano

foto composicion@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

Entrevista

José Pedro Pérez-Llorca	6
Francisco Javier Velázquez López	11

Opinión

¡La burocracia es la culpable!	14
--------------------------------------	----

Noticias

Reunión del Servicio Jurídico de la AEAT en Granada	17
---	----

Crónica

Breves	18
Vigésimo aniversario de la promoción de 1993	19
La cena de la Asociación	20
Campeonato de Golf de la Asociación	31

Cine

El cine en la formación del jurista: Kramer contra Kramer	24
---	----

Cultura

Estampas japonesas	32
--------------------------	----

Solidaridad

Desafío deportivo contra la pobreza en el mundo	34
---	----

Cuadernillo jurídico

Félix Alberto Vega Borrego <i>El 'nuevo' convenio para evitar la doble imposición entre los EE.UU. y España</i>	2
--	---

Pedro Narciso Menchen Herreros <i>Más sobre autos, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración pública</i>	10
---	----

Rosa María Marín Álvarez <i>Las entidades bancarias, la Administración y los órganos judiciales</i>	14
--	----

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

Entrevista con José Pedro Pérez-Llorca

José Pedro Pérez-Llorca es abogado, Diplomático y Letrado de las Cortes Generales. Es uno de los ponentes de la Constitución Española de 1978. Fue Ministro de la Presidencia del Gobierno y Relaciones con las Cortes, Ministro de Administración Territorial y Ministro de Asuntos Exteriores. Actualmente, además de ser Presidente del Real Patronato del Museo Nacional del Prado, es el socio fundador del despacho Pérez-Llorca, donde trabajan 115 abogados y un total de 160 personas.

Pregunta: Este año la Constitución que usted contribuyó a redactar cumple 35 años. ¿Cree usted que sigue gozando de juventud y buena salud o que le hace falta alguna reforma para adaptarse a la realidad que tenemos hoy?

Respuesta: La Constitución de 1978 está en vigor. Una norma en vigor es una norma viva. Cómo de vigoroso es ese vigor es cuestión que dejo a los inteligentes lectores.

No obstante, al margen de la Constitución de 1876, que rigió durante toda la restauración, lo cierto es que la Constitución de 1978 es la que disfruta de mayor vigencia en nuestra historia constitucional, por lo que nada impide que se pueda plantear un debate de reforma dentro de los cauces que la propia Constitución establece para ello.

P: Tanto el Preámbulo de la Constitución como su artículo 1.1 configuran a España como un Estado social y democrático de Derecho. ¿Puede darnos su opinión acerca de la España actual en relación con estos tres atributos?

R: La expresión constitucional “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*” tenía una función transformadora de nuestro país tanto desde el punto de vista político como jurídico. Cumplió esa función transformadora y podemos afirmar que España disfruta

“**Más del noventa y cinco por ciento de la actividad del Tribunal Constitucional procedía, y sigue procediendo, de recursos de amparo**”

hoy, en términos generales, de una prevalencia de la pública opinión, electoralmente expresada y del imperio de la ley.

P: El artículo 10.1 de la Constitución configura los derechos de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, estableciendo

en su artículo 53.2 para la tutela de los más importantes de ellos el recurso de amparo; ¿qué opinión le merece el establecimiento del requisito de la especial trascendencia constitucional como presupuesto para atender las demandas de amparo ante el Tribunal Constitucional? Siendo los derechos de la persona el fin último al que se ordena todo nuestro engranaje político y administrativo, ¿no estima que deberían gozar de prioridad las demandas de amparo frente al resto de procesos constitucionales?

R: El volumen de los recursos de amparo que se han presentado ante el Tribunal Constitucional ha sido muy elevado, quizá motivado por el malentendido por parte de los abogados y de sus clientes de que las demandas de amparo constituían una última instancia jurisdiccional. Más del noventa y cinco por ciento de la actividad del Tribunal Constitucional procedía, y sigue procediendo, de recursos de amparo. Me parece normal que se pretendiera corregir esa tendencia, incorporando un requisito adicional de admisibilidad. No se pretendía evitar pronunciamientos sobre el fondo, sino reducir la mera presentación de recursos de am-



paro cuya relevancia constitucional carecía de suficiente entidad, y que ya antes eran objeto de inadmisión.

Aun así, la actividad jurisdiccional actual del Tribunal Constitucional se desarrolla fundamentalmente en torno a procesos de amparo, no sólo en providencias o autos de inadmisión, sino en sentencias sobre el fondo. El porcentaje de sentencias sobre el fondo es superior en procesos de amparo que las provenientes de otros procesos constitucionales. Pero sí, comparto la reflexión de fondo de que las demandas de amparo no deben ser desatendidas. Y no lo son en ningún caso porque existe una amplísima jurisprudencia que puede ser aplicada por los Tribunales ordinarios.

P: El artículo 62 j) de la Constitución otorga fundamento constitucional al derecho de gracia. A la vista de los indultos que ha ido publicando el BOE durante estos 35 años de vida de la Constitución, ¿cree que sería conveniente modificar el régimen del derecho de gracia?

R: Todos los Estados reconocidos por la Comunidad Internacional, reconocen el

derecho de gracia. Nuestra Constitución se limita a decir que corresponde al Rey concederla con arreglo a la Ley y que la prerrogativa de gracia no podrá aplicarse sobre el Presidente o los miembros de su Gobierno.

“Las provincias en España están mucho mejor diseñadas y son más acordes con la realidad que las Comunidades Autónomas, que han significado un retorno a la geografía política del Medioevo”

El procedimiento previsto en la Ley de 1870, tras su modificación en 1988, garantiza que los indultos se funden formal y materialmente en razones de justicia o equidad, y quien aprecie un exceso en su ejercicio puede acudir al Tribunal Supremo para que revise la legalidad de

la decisión. Dicho esto, desde el punto de vista de los principios en su formulación ideal, el derecho de gracia, como el de petición, son residuos de formas políticas de organización de otros tiempos, pero hoy por hoy, son necesarios en todo el mundo y me temo que lo seguirán siendo dado que la humana condición no se atempera con las abstracciones ideales.

P: Los artículos 68 y 69 de la Constitución configuran fundamentalmente las provincias como circunscripción electoral para el Congreso de los Diputados y el Senado. ¿Una vez configurado el mapa autonómico, cree usted que se debería fijar la Comunidad Autónoma como circunscripción electoral? ¿Propondría alguna reforma en sentido de modificar el régimen de circunscripciones electorales?

R: No. Las provincias en España, donde no se cometieron los excesos jacobinos de Francia, están mucho mejor diseñadas y son más acordes con la realidad que las Comunidades Autónomas, que han significado un retorno a la geografía política del Medioevo.

P: ¿Qué soluciones propondría usted para hacer del Senado una auténtica Cámara de representación territorial?

R: Lo es ya porque las provincias tienen una base de representación igual. Eso es la representación territorial. Creo que sobran los senadores no elegidos y desde luego no soy partidario de convertirlo en la Asamblea de la ONU con representación exclusiva de los gobiernos autonómicos. Sería otro salto hacia el Medioevo.

P: El artículo 86.1 de la Constitución configura el Decreto-Ley como un instrumento normativo provisional para circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad; ¿cree usted que sobre este presupuesto debería establecerse un mecanismo de control más férreo que el actual?

R: No. Creo que un Gobierno debe tener capacidad legislativa para encarar situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, que el procedimiento legislativo ordinario no puede resolver por razones de tiempo. No creo que sea necesario reforzar el mecanismo de control que nuestra Constitución ha previsto, quizá baste con realizar mayor esfuerzo de motivación en cada Decreto-Ley, evitando la práctica administrativa de utilizar justificaciones generalistas extraídas de normas precedentes.

P: Uno de los principales logros de la Constitución fue afirmar la supremacía de ésta como expresión de la voluntad popular; ¿cree usted, con la redacción actual de su artículo 93 y a la luz de la Decisión 1/2004, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional, que tenemos bien resuelta la cuestión de la primacía del Derecho de la Unión para el caso de colisión con nuestra Constitución? ¿Cree que sería conveniente reformar la Constitución para delimitar mejor la aplicación de ésta en relación con el Derecho internacional originario y derivado?

R: La Constitución Española ha demostrado una gran capacidad de adaptación a los diferentes retos que se han venido

planteando, desde nuestra adhesión hasta ahora, respecto del proceso de integración europeo. Aun cuando fue necesario reformar la Constitución en 1992, como consecuencia de la firma del Tratado de Maastricht, esa misma necesidad no surgió respecto del Tratado por el que se establecía la futura Constitución Europea. En esta última ocasión, el Tribunal Constitucional ya aclaró que la cuestión de la primacía del Derecho de la Unión

“La Constitución Española ha demostrado una gran capacidad de adaptación a los diferentes retos que se han venido planteando, desde nuestra adhesión hasta ahora, respecto del proceso de integración europeo”

Europea está debidamente resuelto en España.

Conviene recordar que España ha sido hasta ahora un país particularmente europeísta, siendo quizás las complicaciones surgidas en los últimos años, debido al pésimo diseño del Euro, la principal causa de que ese sentimiento pueda haber empezado a debilitarse. No considero, por ello, que ésta sea una de las reformas más urgentes de la Constitución Española. Aunque el Consejo de Estado manifestara la conveniencia de acometer tal reforma, en mi opinión, los momentos actuales no aconsejan que la misma se plantee.

P: El artículo 103.3 se refiere al estatuto de la función pública. ¿Qué opinión le merecen las figuras del personal eventual y directivo así como el sistema de provisión de puestos mediante libre designación desde la óptica de los principios de igualdad, mérito, capacidad e independencia en el ejercicio de la función?

R: Habría que ir a un sistema a la inglesa, con casi nulo “spoils system”. Eso en Castilla quizás, pero en el mediterráneo es como “somnia truites”.



P: El artículo 108 de la Constitución establece el control de la gestión política del Gobierno por el Congreso de los Diputados. ¿Qué opinión le merece el estado actual de control de los llamados actos políticos del Gobierno?

R: Creo que nuestra democracia está suficientemente madura como para discernir correctamente qué decisiones deben ser objeto de control político y cuáles, por constituir actos en ejercicio de la facultad de administrar, pueden ser objeto además de control jurídico. Es normal que algunas decisiones del Gobierno de naturaleza política y no administrativa sólo queden sometidas al control del Congreso de los Diputados.

P: El artículo 123 de la Constitución configura al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo en materia de garantías constitucionales. ¿Qué opinión le merecen las últimas reformas procesales que progresivamente vienen limitando el acceso a casación?

R: El derecho a la tutela judicial efectiva y, dentro de ella, el derecho a recurrir las

resoluciones judiciales, debe ser en los términos que la legislación establezca. Es decir, el acceso al recurso no es un derecho de libertad ejercitable sin más, sino que es un derecho de configuración legal. Por ello, siempre que se respete el contenido esencial del acceso a la justicia, el derecho al recurso debe ser una cuestión de política legislativa que pueda modularse en atención a las circunstancias concurrentes en cada momento. De lo que no soy partidario en absoluto es de que todo termine en los Tribunales Superiores. Sería otro salto hacia el pasado.

“El Título VIII fue el gran reto de los constituyentes. Su desarrollo político y normativo nos ha llevado a donde estamos en esta materia, es decir, a una pésima situación”

P: El artículo 136 de la Constitución regula el Tribunal de Cuentas. ¿Cree usted que sería necesaria una reforma en su regulación para mejorar el nivel de fiscalización del gasto público?

R: Creo que va funcionando cada vez mejor. No le pidamos milagros como que cambie en un santiamén a la sociedad española y a sus miembros.

P: Transcurridos 35 años desde la aprobación de la Constitución, ¿cree que habría que reformar su Título VIII para delimitar las esferas competenciales del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales?

R: El Título VIII fue el gran reto de los constituyentes. Su desarrollo político y normativo nos ha llevado a donde estamos en esta materia, es decir, a una pésima situación. Ahora nadie está contento con este texto. Reformarlo sería muy necesario, pero las propuestas en presencia, a más de irreflexivas, son absolutamente contrapuestas. El sistema político no está hoy en condiciones de acometer esta tarea. Este es nuestro mayor y principal problema.

P: ¿Qué opinión le merece el prácticamente nulo empleo que se ha hecho de la facultad de dictar Leyes marco y Leyes de armonización en orden a perfilar mejor la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas?

R: Pues que no se ha hecho uso de ésta y de otras vías de integración que quedaron en el texto a disposición de los sucesivos gobiernos.

P: A la luz de la experiencia de las Comunidades Autónomas uniprovinciales y de las competencias desarrolladas por las distintas formas de representación territorial de las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, ¿cree que siguen siendo necesarias las provincias como estructura de organización territorial?

R: Absolutamente sí.



José Pedro Pérez-Llorca en compañía de tres Abogados del Estado en situación de excedencia voluntaria que forman parte del despacho: de izquierda a derecha José Ramón de Hoces Íñiguez, Juan Manuel Rodríguez Cárcamo y Antonio Alcolea Cantos



P: El artículo 2 de la Constitución proclama la solidaridad entre las nacionalidades y regiones y, por su parte, el artículo 156.1 al hablar de la financiación de las Comunidades Autónomas habla de la solidaridad entre todos los españoles. Aceptando la compatibilidad entre ambas proclamaciones ¿cómo se concilian una y otra, debe prevalecer la solidaridad entre ciudadanos cualquiera que sea su procedencia o la solidaridad entre territorios?

R: Está tan claro que me extraña la pregunta.

P: El artículo 159.1 de la Constitución establece un sistema de mayorías cualificadas para la designación de los miembros del Tribunal Constitucional por parte del Congreso de los Diputados y del Senado, similar al que inspira tanto en la Constitución como en Leyes Orgánicas el procedimiento de elección de los miembros de otros órganos constitucionales unipersonales y colegiados; ¿qué opinión le merece la aplicación práctica que de dichos procedimientos de elección se ha venido haciendo? ¿Cree usted que convendría buscar otro mecanismo de elección, como el de formar una lista de candidatos por los distintos proponentes y luego hacer la designación mediante sorteo entre los miembros dicha lista?

R: A este respecto no quisiera dejar de decir que fue un gran error suprimir el recurso previo en materia de Estatutos.

Fue abolido y nunca establecido. Su restablecimiento habría evitado un grandísimo problema. Respecto a las formas de selección y nombramiento de los Magistrados, el problema no es tanto la fórmula legal concreta como los usos reales de Celtiberia.

Los portugueses, que tanto se parecen a nosotros, tienen una gráfica expresión acerca de determinadas formulaciones legales que son solo “para inglês ver”. Ese es el problema.

P: El Título X de la Constitución excluye de la iniciativa de reforma constitucional a la iniciativa popular. ¿Cree que en una eventual reforma constitucional sería conveniente reconocer a la ciudadanía esta iniciativa para la reforma constitucional?

R: Es un antiguo debate. En el Anteproyecto de Constitución que la Comisión Constitucional provisional presentó al Congreso de los Diputados en diciembre de 1977, la iniciativa de reforma constitucional se atribuía a todos los legitimados para la iniciativa legislativa, por lo que el texto inicial admitía la iniciativa popular en el procedimiento de reforma constitucional. Ciertamente, el

“No quisiera dejar de decir que fue un gran error suprimir el recurso previo en materia de Estatutos. Su restablecimiento habría evitado un grandísimo problema”

texto final excluyó la iniciativa popular mediante la aprobación de una enmienda defendida por Gabriel Cisneros, pero que obedecía enteramente a inquietudes de la izquierda, claramente manifestados en los debates en comisión. Así funcionaba el consenso.

La enmienda se fundaba, entre otros motivos, en que la iniciativa popular de la reforma constitucional desnaturalizaba la rigidez prevista en el propio procedimiento de reforma. Esta enmienda generó un amplio debate y es cierto que la supresión de la iniciativa popular ha sido finalmente valorada de forma negativa por una parte de la doctrina. Sin embargo, parece razonable que en un Estado democrático donde los ciudadanos están representados en instituciones, la prudencia exigible a una iniciativa de reforma, o la serenidad con la que debe afrontarse toda reforma constitucional, aconseje que sean tales instituciones representativas a las que corresponda la iniciativa. ■

Ex Director General de la Policía y Guardia Civil Francisco Javier Velázquez López

Pregunta: Sr. Velázquez, durante su etapa en el Ministerio de Administraciones públicas, Ud. Tuvo un papel destacado en la creación de la Ley del Estatuto del Empleado público. En su opinión, ¿cuáles son los motivos por los que, a día de hoy, el desarrollo de esta Ley sigue siendo una asignatura pendiente?

Respuesta: El Estatuto Básico del Empleado Público es una ley marco que por su propia naturaleza necesita del desarrollo por parte de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. Dos de las Comunidades Autónomas han realizado ya leyes propias en este marco y me consta que en la AGE se trabaja en distintos aspectos como el Estatuto del Directivo. La tradición española señala que las leyes que hacen referencia a los funcionarios tienen un periodo de maduración y asentamiento relativamente largo, hasta que se cumplen la mayoría de sus previsiones. En todo caso, son los responsables actuales en esta materia los que han de medir los tiempos y determinar las prioridades, que en este momento están ab-

solutamente mediatizadas por la situación económica.

P: Como Secretario General de Administraciones Públicas, otro de sus principales cometidos fue el desarrollo de la Administración Electrónica. ¿Cuáles fueron las principales acciones desarrolladas por su Secretaría en esta materia? ¿Cree que a día de hoy se ha logrado una eficaz implantación de la Administración Electrónica?

“ Con frecuencia la combinación de las tecnologías, la supresión de trámites y la certificación electrónica pueden generar la prestación de servicios en condiciones de excelencia ”

R: Creo que se ha avanzado considerablemente y se sigue avanzando. Es una carrera en la que debemos incorporar las tecnologías de la información y las comunicaciones cada vez más por que los ciudadanos exigen inmediatez en la respuesta. Los ciudadanos quieren respuesta telemática inmediata y a veces no es posible pero con frecuencia la combinación de las tecnologías, la supresión de trámites y la certificación electrónica pueden generar la prestación de servicios en condiciones de excelencia. En algunos casos lo hemos logrado y estoy convencido que seguiremos avanzando, aunque se necesitan también cuantiosas inversiones en este terreno.

P: De la mano del entonces ministro del Interior Alfredo Pérez Rubalcaba, su trayectoria profesional dio un giro con su nombramiento, en 2006, al frente de Protección Civil y Emergencias, y dos años después como Director General de la Policía y la Guardia Civil. ¿Qué supuso para Ud. este cambio en su carrera, desarrollada hasta ese momento en el campo de las Administraciones Públicas?



Carabinieri) y Civil (pólíca Nationale y Polizia di Stato). La posibilidad de realizar investigaciones conjuntas, tener un Plan estratégico común, bases de datos de utilización indistinta así como una única autoridad que determinara las grandes decisiones e inversiones... Creo que fue una experiencia positiva que eliminó los conflictos entre los cuerpos de seguridad, que por otra parte están constituidos por competentes profesionales.

Ha de señalarse que la existencia del mando único no eliminó ni impidió el desarrollo de la propia cultura policial de cada cuerpo, ni menoscabó sus tradiciones, que continuaron desarrollándose de manera que se alcanzaron las más altas cotas de prestigio social por ambos colectivos.

P: Terrorismo nacional e internacional, cibercrimen, delincuencia organizada, violencia doméstica... ¿Cuáles fueron los principales desafíos a los que debió enfrentarse y de qué logros se siente más orgulloso durante su etapa al frente de la Policía y la Guardia Civil?

R: Creo que cada etapa tiene sus grandes problemas, que no son ni más ni menos complejos, son simplemente distintos. Nuestro gran trabajo fue la lucha contra el terrorismo etarra. Tenemos la satisfacción y el orgullo, el equipo que en ese momento dirigía Alfredo Pérez Rubalcaba de haber terminado con las operaciones armadas de ETA, asuntos al que dedicamos muchos esfuerzos y, hay que señalarlo, en el que recogimos los frutos de otros responsables, policías y guardias civiles y también víctimas, que

R: Como Administrador Civil del Estado no soy más que un servidor público que conoce cómo administrar organizaciones públicas complejas. Mi experiencia me indica que un alto porcentaje de asuntos de la dirección pública son semejantes y, en consecuencia, las técnicas aprendidas y la experiencia acumulada pueden ser requisitos imprescindibles para lograr una gestión eficaz. Podemos encontrar decenas de funcionarios con trayectorias similares, incluyendo miembros del Cuerpo de Abogados del Estado. Es una situación muy común en Francia o Reino Unido. En todo caso, pienso que los cambios son buenos para las organizaciones y para los directivos públicos...

P: Usted tuvo la importante y delicada tarea de agrupar en una misma dirección a la Policía, con estatuto civil, y a la Guardia Civil con estatuto militar, unión encaminada a mejorar su eficacia conjunta. ¿Se consiguió plenamente esta deseada coordinación entre el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil?

“La existencia del mando único no eliminó ni impidió el desarrollo de la propia cultura policial de cada cuerpo, ni menoscabó sus tradiciones”

R: Mi experiencia fue muy positiva y tengo que decirle que era observada con mucho interés por otros países como Francia e Italia que tienen estructuras policiales similares con cuerpos de seguridad de carácter militar (Gerdarmerie,

A partir de 1996, desempeñó el cargo de Subdirector General Adjunto de Selección de Recursos Humanos de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Administraciones Públicas, hasta que el 21 de abril de 2004, fue nombrado Secretario General para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas.

El 22 de abril de 2008 tomó posesión de su cargo como Director General de la Policía y Guardia Civil, mando único de estas fuerzas de seguridad después de haber ocupado la máxima responsabilidad de Protección Civil desde septiembre de 2006.

» En primera persona



Francisco Javier Velázquez López (Castilblanco de los Arroyos, Sevilla, 3 de junio de 1951). Su primer cargo público, como Director del Gabinete del Secretario de Estado para la Administración Pública, se remonta a diciembre de 1982. Posteriormente, en 1985, desempeñó el cargo de Secretario General del Consejo Superior de la Función Pública del Ministerio para Administraciones Públicas.

En 1987, fue nombrado Director General de Cooperación Territorial del Ministerio para Administraciones Públicas y de 1991 a 1996 desempeñó el cargo de Director General de Servicios del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.



desde hacía cincuenta años luchaban contra esta lacra absurda que tantas desgracias causó.

P: En julio de 2012, el embajador de Francia en España le impuso la insignia de Caballero de la Legión de Honor como reconocimiento a su labor en la cooperación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de ambos países. ¿Cuáles fueron las claves para esta mejora en la relación bilateral con Francia que tan buenos resultados ha dado, especialmente en la lucha contra ETA?

R: Las relaciones con Francia han sido una prioridad principal de nuestra actividad en materia de seguridad. La cooperación interpolicial ha alcanzado cotas muy altas en materia de operaciones conjuntas, no sólo en cuestiones de lucha antiterrorista, sino también contra el crimen organizado y la lucha contra el narcotráfico. En el mundo, la sintonía entre España y Francia en esta materia se pone como ejemplo de entendimiento y eficacia. La clave ha sido la confianza entre los cuerpos policiales, el intercambio de datos, las operaciones conjuntas y la permanencia de efectivos, mediante las comisarías conjuntas y otros sistemas, en contacto diario. Por otra parte, el esfuerzo común en las cuestiones de las relaciones internacionales de la cooperación policial entre España y Francia era continuo, apoyando nuestras posiciones comunes en todos los casos.

P: En la actualidad Ud. Ocupa el puesto de Vocal Asesor del Instituto Nacional de Administraciones Públicas. ¿Supone esto, de alguna manera, un regreso a sus orígenes profesionales de docencia e investigación en el ámbito de las Administraciones Públicas?

R: Los directivos públicos debemos prestar nuestros servicios donde la institución nos demande. Recuerdo cuando presté servicios en el MOPU donde con ayuda del abogado del Estado José Antonio Tambo, conseguimos un ahorro muy considerable de dinero para el Tesoro. Después de estar años desempeñando puestos de responsabilidad, ahora regreso al INAP, donde fui destinado por primera vez en 1982. Mis actividades son, efectivamente, de docencia, organización de eventos formativos y de investigación, donde desempeño funciones aportando mis conocimientos y experiencia.

P: En estos tiempos en los que se habla de la reforma de las Administraciones Públicas, ¿qué cree Ud. que debería cambiar en la Administración General del Estado para que la misma fuera percibida por la ciudadanía como un instrumento al servicio del interés general?

R: La actividad de la Administración General del Estado es muy bien valorada, de acuerdo con las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas, por los ciudadanos. Nuestra Administración tiene una dimensión razonable y sus funcionarios están generalmente muy formados y capacitados para el desempeño de sus funciones. Mejorar en estos aspectos es necesario, porque la reforma de la Administración es como el mito de Sísifo, hay que empezar continuamente a subir la montaña, aunque ya hayamos llegado a la cima porque con frecuencia nuestra piedra se cae. Somos una organización absolutamente dependiente de los cambios tecnológicos, de la coyuntura económica y de los resultados de las elecciones generales. Afortunadamente para la democracia española, el núcleo de la función pública continúa siendo el mismo, con independencia de los avatares políticos. ■

La burocracia es la culpable!

Este artículo de Francisco Javier Velázquez López, Vocal Asesor del Instituto Nacional de Administración Pública, fue leído con ocasión de la sesión constitutiva de la Academia Española de la Administración Pública y publicado en la revista digital www.administraciondigital.es

Desde hace años, exactamente los mismos que dejó de estar en la cumbre de la moda del pensamiento Max Weber, cuya importancia y legado nos ha glosado brillantemente Don Julián, la burocracia es culpable de todo.

Al principio, tímidamente, después vilipendiada con ahínco y finalmente quemada en la hoguera, la burocracia es la auténtica culpable de todo lo malo que nos acontece. Son los burócratas los responsables de prestar servicios públicos a los ciudadanos (siempre tediosos e insuficientes), recaudar impuestos (claramente excesivos), suministrar el carné de identidad (hay que pedir cita previa), proteger a los ciudadanos (con la inseguridad que sufrimos...) o representarlos en el exterior (los diplomáticos siempre están en cócteles). Si de la salud se trata, se nos cuenta que no me operan hasta dentro de un año y si de la educación pública se debate, se constata la última huelga de profesores. Se justifica que los funcionarios estén en el punto de mira porque en el sentir de los españoles, se afirma, hay un malestar importante con el funcionamiento de las instituciones públicas. Sin embargo, las encuestas del CIS expresan lo contrario, puesto que la referencia al funcionamiento de los servicios públicos administrativos está fuera de las encuestas que reflejan las preocupaciones de los españoles.

Pero sigamos: lo realmente importante es lo que fastidian, porque los burócratas son responsables de los terremotos, de la tragedia genocida de los jemes rojos e incluso de que Casillas no haya sido ti-

tular en el Real Madrid. ¿No se lo creen? Algunos ejemplos tomados de la prensa de las últimas semanas:

Con ocasión del fallecimiento de Ieng Sary, ministro de Exteriores de los jemes rojos (unos tipos responsables de uno de los genocidios mayores de Asia) se plantea la posibilidad de que, como todos los reos que ahora son juzgados, más de cuarenta años después de los hechos que supusieron la muerte de millones de personas, “*muchos temen que sólo éste último (Kieu Samphan) viva lo suficiente para escuchar su veredicto, dada la frondosa burocracia procesal...*” (*El País*, 15 de marzo de 2013).

El periódico *El País* titula a cuatro columnas: “*Nuevo seísmo en Lorca: la burocracia*”. En su contenido, el artículo relata pormenores de los problemas de los vecinos para la reconstrucción de sus viviendas: algunos están en el paro y sólo cobran 426 euros, otros tiran de sus ahorros que se acaban; dos o tres

mil dice el Alcalde, se han marchado de Lorca, otros que no estaban empadronados se quejan de que no les dan nada. Termina el artículo: “*Están cansados de la carrera de obstáculos en la que se ha convertido el proceso de reconstrucción. Y de esperar. Sobre todo de esperar*” (19 de marzo de 2013).

También en el fútbol la burocracia es culpable, como titula un artículo: “*Iker; una baja administrativa*”. Conocida es la desazón de todos los madridistas por la lesión de Casillas y, más tarde, por la negativa de su entrenador a colocarle como titular. Pero, en ese momento, nos enteramos de que Mourinho está descubriendo trucos burocráticos: “*la burocracia es fría como el aparato del Estado y Mourinho ha establecido un régimen especial para Casillas... Todo depende de un papeleo interno. De lo que el portugués ha dado en llamar como ‘alta competitiva’, expresión insólita para definir una situación insólita. Ventilado el asunto por este conducto administrativo extraordinario...*” (*El País*, 1 de abril de 2013).

“ Los burócratas son responsables de los terremotos, del genocidio de los jemes rojos e incluso de que Casillas no haya sido titular en el Real Madrid ”

Por supuesto, cuando en cualquier circunstancia, los ciudadanos deben gastar su tiempo en presentar la documentación correspondiente a cualquier trámite, los culpables son los burócratas, nunca los legisladores que determinan el cumplimiento de los requisitos necesarios para obtener un permiso, licencia o subvención. O los diversos lobbies o grupos de presión que imponen salvaguardas a sus intereses y, en consecuencia, generan autorizaciones sin duda excesivas en algunos casos.



Algunas noticias más: “La burocracia sindical de CCOO y UGT ha vendido a los trabajadores en los convenios y pactos con la patronal”, “El primer ataúd ecológico español queda sepultado por la burocracia”.

Esta responsabilidad viene de antiguo, como dice Marañón refiriéndose a Felipe II: “Este sentimiento de admiración a su padre, y de temor de no poderle superar, es lo que seguramente influyó más hondamente en la actitud de Felipe II como Rey. Por ello fue un monarca esencialmente burocrático y exageró hasta límites absurdos su burocratismo y su sistemática ausencia de los campos de batalla: precisamente porque el padre amado ganó su gloria en la actitud inversa”.

Un intelectual recientemente desaparecido, Octavio Paz, también contribuye a la buena fama. Dice Paz: “trabajo muchas horas en una oficina absurda, con el pomposo título de Director General de Organismos Internacionales me pagan muy mal y estoy sujeto a la rutina de un reglamento y a su caprichosa aplicación por remotos burócratas...”.

“Liquidar la burocracia. La crisis obliga a liquidar las ineficiencias”, titula un artículo de Ian Traynor en *The Guardian*. En él hace responsable a la burocracia, entre otras cosas, de que el parlamento europeo funcione 14 semanas al año en Estrasburgo.

Afortunadamente, algún organismo internacional parece ser más realista, como señala el Informe sobre el Desarrollo Humano: “Una estrategia de desarrollo del país, sólidas capacidades burocráticas y políticas apropiadas

son los elementos esenciales que conjuntamente dan forma al proceso de transformación”.

Más: El 15 de mayo, día de san Isidro, aparecía en la prensa la noticia de que en un pueblo madrileño, el Ayuntamiento había decidido arrasar un pequeño huerto de cinco por cinco metros que los padres de los alumnos de un colegio habían plantado, como parte de las actividades educativas. Al parecer no estaban en poder de los permisos municipales; por eso el titular rezaba: “Burocracia anti lechuga”.

El establecimiento de sólidas Administraciones al servicio de los ciudadanos constituye uno de los pilares del funcionamiento eficaz del Estado

El colofón de esta buena prensa nos lo da una carta al director publicada por el diario *El País* (19 de mayo de 2013) bajo el sugestivo título de “Es hora de romper los huevos”. Se dice en la carta: “Hace tiempo que el sector privado inició su proceso de optimización de costos y gracias a ello, y a pesar de los despidos que se han producido y de la dramática situación que tales políticas han causado en muchos ciudadanos, muchas empresas pueden seguir subsistiendo y manteniendo ocupada a la plantilla exis-



sustituirla. Muchas de las personas que trabajan en el gobierno también lo saben, puesto que viven dentro del vientre de la bestia”.

En fin, señores académicos, esto hay que mejorarlo.

Es evidente que los aquí presentes no estamos de acuerdo con estas afirmaciones, que pensamos como ha relatado brillantemente D. Julián Álvarez que la burocracia es necesaria, que la racionalidad de las decisiones que emanan de los componentes de su estructura es beneficiosa. Que el establecimiento de sólidas Administraciones al servicio de los ciudadanos, formadas por personas seleccionadas con arreglo a los criterios de mérito y capacidad y el desarrollo de su trabajo con garantías, constituye uno de los pilares del funcionamiento eficaz del Estado democrático. Como escribieron Weber y Schumpeter, y Julián Álvarez acaba de recordarnos, la burocracia *“ha de ser lo bastante fuerte para guiar, y, si es necesario, para instruir a los políticos que estén a la cabeza de los Ministerios”.*

Se cuentan por centenares los autores que han valorado positivamente la labor de los directivos seleccionados con arreglo a procedimientos objetivos y hoy, incluso quienes valoran especialmente la conveniencia de insistir. Valga como ejemplo lo que Gardells y Brueggen indican: *“las actuales tribulaciones de la gobernanza en Occidente indican que es precisa una evolución de la democracia en la que se establezcan formas de interacción con elementos meritocráticos como contrapeso a la cultura política de los grupos de presión y el cortoplacismo de la democracia electoral”.*

Por eso, entre otras razones hemos decidido agruparnos. No obstante, no olvidemos que el éxito de esta Academia y los deseos de estar juntos, que los presenten comparten, tienen que ser duraderos porque como decía Goethe: *“El entusiasmo no es un producto que se pueda conservar en salmuera durante mucho tiempo”.* Muchas gracias. ■

tente. La Administración del Estado se mantiene alejada de practicar esas políticas y los bolsillos del contribuyente sufren y terminarán por romperse si el Gobierno no es capaz de aliviar la pesada carga que están soportando. Ya va siendo hora de romper los huevos para hacer la tortilla”.

Termino ya. La mala reputación de aquellos que trabajan en las organizaciones públicas y cumplen las normas, los reglamentos o las leyes tiene su cumbre en una frase de un teórico del *management*, David Lilienthal que escribió: *“A medida que los hombres y las organizaciones se preocupan de los papeles, entienden cada vez menos, pierden la percepción de la realidad de los asuntos que deberían ocuparles. El tomar las decisiones a tenor de los papeles ejerce un efecto deshumanizante, y no pocas de las inhumanidades que el hombre comete se explican por esa causa, como han anotado casi todos los grandes observadores de la humanidad”.*

El tema no estaría completo si no hiciéramos referencia a el esfuerzo en el tra-

bajo de los funcionarios, en este caso alemanes: *“Un funcionario alemán confiesa que ‘no hizo nada’ durante catorce años”.*

Atención señores, tenemos hasta una ciudad para nosotros, dice la prensa, los que describen Bruselas como una ciudad poblada por funcionarios que nadan en privilegios y cuya única tarea consiste en regular hasta el más mínimo detalle la vida cotidiana con solo un requisito: que estas normas no sirvan para nada.

Hay un consuelo. Hasta Galdós al arremeter contra los dos grandes partidos de la restauración acusándoles de que *“pasarán unos y otros dejándolo todo como hoy se halla”* los hace responsables de que *“no acometerán ni el problema religioso, ni el económico ni el educativo, no harán más que burocracia pura...”.*

Hace pocos años, ¿se acuerdan de la reinención del gobierno?, Osborne y Plastrik (¿qué habrá sido de ellos?) en un libro titulado *La reducción de la burocracia* escribieron: *“la mayoría de los políticos... saben que la burocracia no está funcionando, pero no saben con qué*

Reunión del Servicio Jurídico de la AEAT en Granada

Francisco Javier Ortí Vallejo | Abogado del Estado en el Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria en Málaga

La ciudad de Granada ha acogido la reunión semestral del Servicio Jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que ha tenido lugar los días 9 y 10 de mayo en el Hotel Alhamar. A ella han asistido el Director del Servicio Jurídico Juan Manuel Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, los Subdirectores Generales Rosa Seoane López y Vicente Bartual Ramón así como los Abogados del Estado de los distintos Servicios Jurídicos Regionales y de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes.

Durante la reunión se trataron temas de candente actualidad. El Director comenzó exponiendo el anteproyecto de adaptación de la Ley General Tributaria a la reforma de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que ha afectado, entre otros preceptos, al art. 305 Código Penal, introduciendo la posibilidad de que la Administración Tributaria continúe con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria pese a la pendencia del proceso penal, situando así al delincuente fiscal en la misma posición que cualquier otro deudor tributario. También intervinieron los Subdirectores con cuestiones relacionadas con la nueva regulación de las medidas cautelares en el art. 81 LGT, las novedades en materia de procesos concursales o la más reciente jurisprudencia de conflictos en caso de concurrencia de ejecuciones universales con apremios administrativos. Hubo además una cena de trabajo a la que asistieron compañeros de la Abogacía del Estado de Granada y el Presidente de nuestra Asociación, Edmundo Bal Francés.

Concluida la segunda jornada, algunos de los asistentes tuvimos ocasión de visitar la Alhambra y el Generalife. Todos quedamos prendados (especial-

mente los que no la conocían) de sus Torres y Palacios, de los jardines en pleno esplendor primaveral y del sonido del agua que fluye por sus fuentes, como la de los “Leones” (recién restaurados) que dan nombre a uno de los Patios más evocadores de los Palacios Nazaríes. El “Castillo Rojo” (eso es lo que etimológicamente significa “Alhambra”) fue también testigo de una estupenda cena en el Albaycín, que sirvió de clausura a unas jornadas en las que, por encima de todo, primó la amistad y el compañerismo. ■

“El ‘Castillo Rojo’ fue también testigo de una estupenda cena en el Albaycín”



En estos últimos meses...



FEDECA HA PRESENTADO una queja ante el Ministro de Justicia ante la última reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa que exige abogado y procurador en los asuntos de personal funcionario; injustificado agravio comparativo frente al personal laboral que pleitee ante la Jurisdicción Social. Se ha aprovechado además para poner de manifiesto la necesidad de que en el ámbito contencioso-administrativo exista un procedimiento de conflicto colectivo que pueda ser puesto en marcha por los sindicatos de representatividad en el ámbito del conflicto y que evite al funcionario individual tener constantemente que recurrir, a la imagen y semejanza de cómo sucede para los empleados públicos en régimen de Derecho Laboral.



NUESTRA MÁS SINCERA enhorabuena a los compañeros que recientemente han sido condecorados con la Cruz Distinguida de 1ª Clase de San Raimundo de Peñafort: Miguel Angel Gilabert, Rafael Mateu de Ros Cerezo, José Ramón Mourenza y M^a del Carmen Tejera; así como a los compañeros Jesús García Torres, Antonio Martínez Lafuente y Marta Silva, distinguidos con la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort.



SE HA ESTABLECIDO un convenio de colaboración con el Instituto de Empresa para difundir sus cursos entre el colectivo de Abogados del Estado, con el compromiso por parte del prestigioso Instituto de posibilitar becas para los compañeros interesados. Gracias al compañero Juan José Torres que lo ha hecho posible.



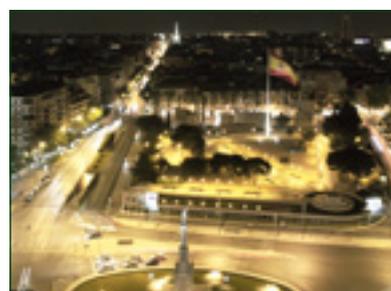
SE HA ATENDIDO a algún compañero que manifestaba quejas sobre la asignación del complemento de productividad por objetivos. El Presidente se ha reunido con Silvia García Malsipica, Subdirectora General de Coordinación, Auditoría y Gestión del Conocimiento, para tratar ciertos temas de interés, como son el diseño de los concursos de traslados, la atribución de la productividad por objetivos a compañeros y a personal auxiliar, la concesión y desarrollo normativo de los puestos de trabajo de nivel 28 compatibles con el ejercicio privado, entre otros. Nuestro agradecimiento a la compañera por la cordialidad y amabilidad en el trato, así como por el ambiente de discusión serena y racional.



LA ASOCIACIÓN, a través de su Presidente, estuvo presente en la Conferencia sobre la reforma de la LOPJ y Ley de Planta Judicial, patrocinada por Santander Justicia y moderada por la compañera Mónica López Monís.



COMO CADA AÑO, se ha celebrado el Campeonato de golf de la Asociación; este año ha contado también con el patrocinio de Santander Justicia que, tras la fusión entre Banesto y Santander, se ha comprometido a mantener el patrocinio a favor de la Asociación como en años anteriores. Enhorabuena a los ganadores y gracias a todos por participar. En esta misma revista se da cuenta de los detalles del evento.



Y TAMBIÉN como cada año han tenido lugar el funeral por el alma de los compañeros fallecidos en el último año –con la correspondiente publicación de la esquila en el diario ABC– y la Cena de homenaje a los compañeros que se han jubilado durante el mismo período. Nuestro más sincero agradecimiento al Club Financiero y a la Secretaria de la Asociación, Cristina Tolivar. Todo el mundo salió encantado del éxito de la velada. También en este número se da cuenta del acontecimiento.



LA ASOCIACIÓN sigue trabajando para mejorar la seguridad de su página web, con diversas reformas. De una parte, disculpas a todos por los trastornos que ello os pueda estar ocasionando; y, de otra, os animamos para que de nuevo os deis de alta en ella a fin de recibir los mensajes que mandamos cuando subimos alguna nueva noticia.



ESTÁ PREVISTO que comience el segundo ejercicio de la oposición el día 17 de septiembre.



SE HA FIRMADO el contrato de patrocinio de la Revista con MAPFRE gracias a Francisco Ruiz Risueño, con dos años de vigencia.

Vigésimo aniversario de la promoción de 1993

Edmundo Bal Francés | Abogado del Estado

Nuestra promoción comenzó a examinarse en octubre de 1992 y terminamos el último ejercicio a finales de mayo de 1993, tomando posesión en los destinos a mediados de junio.

Aprobamos 15 compañeros, cubriéndose todas las plazas ofertadas. Somos: Luis García del Río, José Giménez Cervantes, Ignacio Salvo Tambo, Maximino Linares Gil, Vicente Fenellós Puigcerver, Elena Otero-Novas Miranda, Nicolás Valero Lozano, María Rosa Sanz Cerezo, Edmundo Bal Francés, Fernando Arenas Escribano, José María Alcoba Arce, María José Neira Alfonsi, Ana González Hoyos, Felisa Vidal Mercadal y Francisco Serrano Gill de Albornoz. Estamos algunos en servicio activo, otros en excedencia, tenemos niveles 24 ¡y hasta una Magistrada!

Celebramos el día 31 de mayo cena de confraternización en La Torcaz, a la que únicamente no pudieron asistir dos compañeros. Incluso, ahora que está de moda, alguien le puso apodo a la promoción... ■



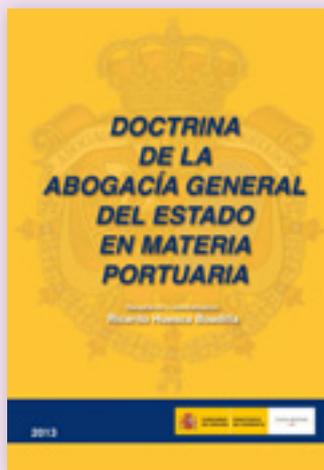
Doctrina de la Abogacía del Estado en materia portuaria

LIBROS

Ricardo Huesca Boadilla / Abogado del Estado de la Subdirección General de los Servicios Consultivos

El presente libro recoge el texto íntegro de los informes elaborados por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y por la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado, más en concreto por la Subdirección General de los Servicios Consultivos, en los últimos veinte años, en un periodo de tiempo que va desde la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante hasta el 31 de diciembre de 2012, constituyendo un sólido y riguroso cuerpo de doctrina en materia portuaria de gran interés para todos los operadores del sector.

En la tarea de recopilación y sistematización de este importante número de informes se ha seguido la sistemática del actual Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre. Para una mejor localización de los informes existe un índice general al comienzo del libro y un índice alfabético por materias al final del mismo. Como fácilmente se comprenderá, en algunos de los informes se aplica normativa ya derogada. A pesar de ello se ha considerado oportuno recogerlos en su integridad, junto con todos los demás, la gran mayoría, para dejar constancia en todo caso de la tarea de la



Subdirección indicada, si bien en el apartado de Observaciones del informe se hace referencia precisa a la derogación y a la norma que sustituye a la derogada, en algunos casos también interpretada en otro informe recogido en el libro.

Por último, dado que el actual Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, como es lo propio del mismo, no hace más que refundir la normativa dictada a partir de la Ley 27/1992, constituida esencialmente por esa Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, reformada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, y por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, que modifica las dos anteriores, no se ha considerado oportuno ir cambiando uno a uno las referencias que se hacen en la mayor parte de los informes a las Leyes citadas y sustituirlas por la referencia oportuna a los preceptos del Texto Refundido, habiéndose incorporado, no obstante, la tabla de correspondencias del Texto Refundido con las tres Leyes, que figura como anexo del reciente documento de trabajo conteniendo dicho Texto elaborado en 2011 por Puertos del Estado. ■



LA CENA DE LA ASOCIACIÓN

Como todos los años, respetando nuestras magníficas tradiciones de Cuerpo, la Asociación organizó el día 28 de junio, la Cena anual en homenaje a los compañeros que se han jubilado durante este año. Por la mañana, en la Parroquia del Santísimo Cristo de la Salud, ofrecimos funeral por el alma de nuestros compañeros fallecidos en el mismo período anual, Adolfo Díaz-Ambrona Bardají, Federico Trénor y Trénor, Francisco Bueno Arús y Vicente Díez del Corral. Desde estas páginas, de nuevo, nuestro más sentido pésame a las familias.

Para la Cena repetimos el Club Financiero de Madrid, en la céntrica calle de Marqués de la Ensenada, donde todos los años la organización es perfecta y la acogida, muy cariñosa. Nuestro sincero agradecimiento. Como cada año, todo salió a la perfección, gracias a ellos y al infatigable trabajo de la Secretaria de la Asociación, Cristina Tolivar.

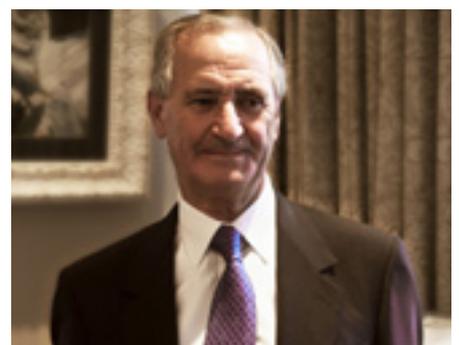
Hubo una gran afluencia de compañeros y acompañantes, en torno a unos 200 comensales. Algunas promociones y gru-



“Hubo una gran afluencia de compañeros y acompañantes, en torno a unos 200 comensales”

pos de amigos incluso reservaron mesa para cenar todos juntos.

Invitamos además a cenar a las dos personas que nos sirven de interlocución con nuestro principal patrocinador, Santander Justicia, a quien agradecemos el mantenimiento del patrocinio, dentro de sus líneas de acción en este sentido, dirigidas a los distintos sectores protagonistas de la Justicia.





Los homenajeados este año fueron los compañeros Francisco Javier Corral Suárez, Fernando Castromil Sánchez, José Poveda Díaz, José Serna Masiá, Jesús García Torres, Francisco Ruíz Risueño, Pascual Jover Laguardia y David Herrero García.

Después de la cena, tomó la palabra el Presidente de la Asociación quien agradeció a los miembros salientes del Consejo directivo su trabajo en pos de los intereses corporativos, tras la celebración de elecciones en diciembre de 2012, dando la bienvenida a José Balbuena como nuevo miembro de este Consejo. Resaltó el interés demostrado por los compañeros en estas elecciones, habida cuenta el alto número de candidatos. Agradeció a la Directora –presente en el acto– y a la Subdirectora de Coordinación, Auditoría y Gestión del Conocimiento la política de puertas abiertas, transparencia y total

En representación de los compañeros que se jubilan, tomó la palabra nuestro muy querido compañero Paco Ruiz Risueño

confianza en el trato con la Asociación, señalando algunos de los asuntos que se discuten con la Dirección. Como ya nos tiene acostumbrados “cantó un tema” consistente en la recitación de los currículums de todos los que se jubilan. Y, por último, invitó a los compañeros jubilados a seguir ejerciendo de Abogados del Estado, participando en el Cuerpo a través de la Asociación, señalándoles que en cualquier andadura personal y

profesional que acometan, tendrán a su lado a sus compañeros.

La Directora habló en segundo lugar, agradeciendo a la Asociación el mantenimiento de las tradiciones corporativas, tanto el funeral de por la mañana –al que también asistió–, como la Cena homenaje. Recordó que la primera vez que ella asistió a esta cena fue en el homenaje por la jubilación de su padre. Mencionó la ilusión con la que recibió a la promoción que este año cumple sus bodas de oro. Terminó resaltando la importancia que en el Cuerpo tienen los compañeros mayores, transmisores de conocimiento y sabiduría que a los más jóvenes toca conservar, incrementar y transmitir a las futuras generaciones.

En representación de los compañeros que se jubilan, tomó la palabra nuestro muy querido compañero Paco Ruiz



Risueño, durante gran parte de su vida profesional destinado en la Abogacía del Estado en la Audiencia Nacional. Muy expresivamente, dijo que el día de su jubilación se había levantado silbando *El puente sobre el río Kwai*, sorprendiendo a su portero. Contó varias anécdotas de su vida profesional y destacó, sobre todo, la unidad del Cuerpo y cómo su nexo de unión se constituye por la común, generosa y las más de las veces no correspondida lealtad al Estado. Lealtad que no supone servilismo, ni complacencia total con los deseos de la Administración, puesto que dicha lealtad tiene como límite supremo nuestro interiorizado y sentido respeto por la Ley y el Derecho.

Terminamos disfrutando, ya levantados de la mesa, con una noche algo ventosa, charlando unos con otros, en el marco incomparable del Club Financiero y la magnífica vista nocturna de Madrid. ■



Comentario de la película “Kramer contra Kramer”

EL CINE EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA (X)

Ignacio del Cuvillo Contreras | Abogado del Estado

Cuando veáis esta película de 1979, tened a mano suficientes provisiones de pañuelos de papel, o mejor aún, dos pañuelos de hilo. El argumento lo merece. Una madre, insatisfecha con su relación matrimonial y consigo misma, abandona a su marido y a su hijo de seis años sin aviso previo. Un padre, ignorante de las cosas domésticas más elementales, se ve obligado a hacerse cargo del niño y a aprender el oficio sobre la marcha, sin dejar de atender un trabajo exigente, en buena parte culpable de la situación... Se juntan los ingredientes precisos para una tragedia doméstica. No es así gracias a la templanza de los personajes, salidos de la novela de Avery Corman, bien adaptada a la pantalla por Robert Benton, también director de unos magníficos y sobrios actores principales, Dustin Hofmann y Meryl Strip, y la habitual nómina de buenos secundarios, entre ellos, Jane Alexander, Justin Henry (Billy) y Howard Duff. La producción obtuvo oscars a la mejor película, actor principal, actriz secundaria, director y guión.

Dustin Hofmann ya era un actor famoso, de 42 años, cuando rodó Kramer. Sus interpretaciones en *El graduado*, *Cowboy de medianoche*, *Pequeño gran hombre* y *Marathon Man* lo avalaban. En Kramer, con Ted, alcanza su más alta cima como actor. Después vi-

nieron *Tootsie*, *El Jurado*, *El Perfume* y *Los padres de él*. Físicamente era un hombre normal, de sonrisa simpática, lejos de los estereotipos masculinos de Hollywood y siempre pudo abordar personajes de menor edad que la suya.

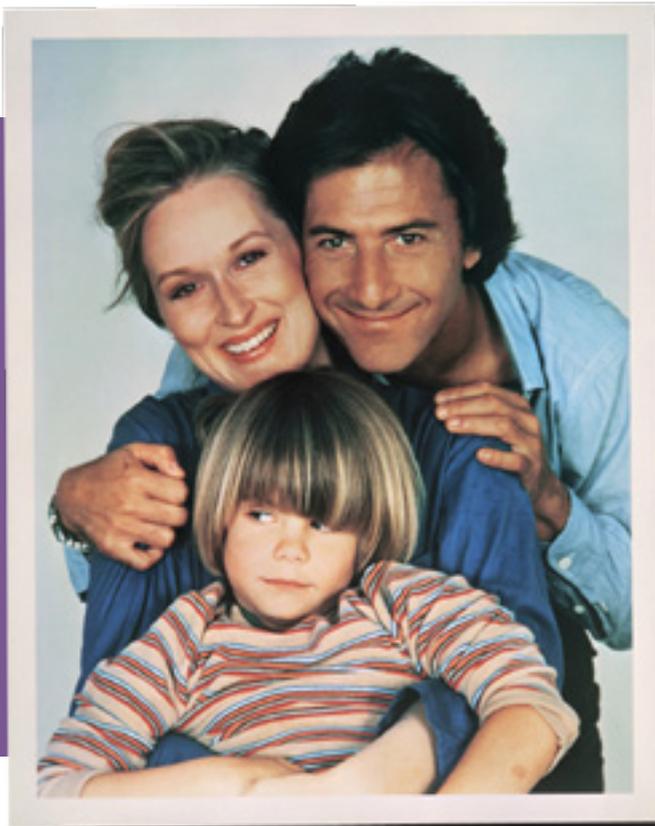
“Una película con personajes y problemas normales de la vida real, que discurre con extraordinaria fluidez y entretiene, conmueve y enseña”

Meryl Streep es hoy una actriz comparable a las grandes de otros tiempos, de una belleza muy personal. Tuvo un buen comienzo en dos películas importantes como *El cazador*, de Michel Cimino, y *Manhattan*, de Woody Allen, pero su primer gran papel que la terminó de dar a conocer fue el de Joanna en Kramer, justo cuando tenía 30 años. A continuación, protagonizó *La decisión de Sophie*, *Memorias de África*, *Los puentes de Madison* y *La dama de hierro*.

El nombre de Robert Benton no suena mucho al aficionado normal. Había sido el guionista de *Bonnie y Clyde*, de *El día de los tramposos* y de *¿Qué me pasa doctor?* y fue el elegido para adaptar la novela de Corman, *Kramer contra Kramer*, a la gran pantalla y para el papel de director. Está comprobado que reunir las condiciones de guionista y director da buenos resultados, como ocurrió con el rey de directores Billy Wilder. Benton no defraudó y supo hacer una película con personajes y problemas normales de la vida real, que discurre con extraordinaria fluidez y entretiene, conmueve y enseña.

La película comienza con unos títulos de crédito muy sencillos, enriquecidos por una maravillosa música de Vivaldi, el concierto para mandolina en do mayor, que nos anticipa el tono amable de lo que va a suceder. El guión puede dividirse en tres partes: abandono, aprendizaje y conflicto.

El abandono se produce de la siguiente forma. Ted Kramer, directivo publicitario y trabajador sin descanso, obtiene la cuenta de Mid West, la mayor de su agencia. Entre tanto, Joanna, su mujer, desatendida por Ted, ha decidido dejar el hogar. La primera escena de la película muestra el perfil de Joanna dibujado sobre un fondo de pared liso, marcado por un gesto de tristeza profunda.



Mira hacia la cama donde su hijo duerme, se acerca y lo besa diciendo: “Te quiero, Billy.” El niño, aún medio dormido, contesta: “Te quiero, mamá, buenas noches.” Joanna va hacia la puerta, se vuelve y le dice: “Que duermas bien y sueñes con los angelitos” (en inglés dice: no dejes que te muerdan las chinches).

Un cambio de escena nos lleva a la oficina de Ted, que charla de cosas banales con un compañero. Otro se asoma a la puerta y lo felicita por la adjudicación de la cuenta. Ted le pregunta, sorprendido: “¿Dónde vas, Murray? Es temprano.” Murray replica: “tengo que irme a casa.” Y Ted, mirando el reloj, dice: “Caramba, qué tarde es, yo también debería irme.” Al salir, pasa junto a unos músicos callejeros que interpretan la música de fondo de Vivaldi.

Ted entra en su casa con una sonrisa de felicidad, sin notar que pase nada y entabla el siguiente diálogo con Joanna. Es clave para entender la situación de la pareja.

TED: *Hola, se me olvidaron las llaves. Tengo que llamar a la oficina antes de que cierren. Joanna, no sabes el marido que tienes, traigo un notición.*

“El guión puede dividirse en tres partes: abandono, aprendizaje y conflicto”

JOANNA: *Ted...*

TED: *Un segundo, ahora hablamos. ¡Sí, hola! Oye, mañana por la mañana necesito las fotos que tiene el retocador.*

JOANNA: *... te voy a dejar.*

TED: *Joanna, por favor, no oigo. ¿Qué? Sí, desde luego, muchas gracias y hasta mañana. ¿Has cenado ya?*

JOANNA: *Ted, me voy de casa, aquí están mis llaves, mi tarjeta de American Express, la de Bloomingdale, mi libro de cheques. He sacado dos mil dólares de nuestra cuenta, es lo que tenía cuando nos casamos.*

TED: *¿Qué es esto, una broma?*

JOANNA: *Los recibos del tinte y de la lavandería. El sábado tú tendrás que ir a recogerlo todo.*

TED: *Joanna, ¿quieres explicarme lo que pasa?*

JOANNA: *He pagado el alquiler, la luz y el teléfono.*

TED: *Vaya un momento que eliges para... perdona, siento haber llegado tarde pero me estaba ganando la vida, ¿sabes? Vamos, no seas tonta, ¿lo dejamos ya?*





Ted había sido un perfecto ejecutor de la frase favorita de su jefe: ‘no dejes que los problemas familiares se interpongan en tu trabajo’

"Queridísimo Billy: Mamá se ha ido. Algunas veces los papás se van y las mamás se quedan con sus hijos. Pero alguna vez una mamá también se va. Tu papá te cuidará muy bien. Me he ido porque quiero hacer algo interesante por mí misma en el mundo. Todos debemos hacerlo y yo también. Ser tu mamá es maravilloso, pero también hay otras cosas y yo quiero descubrirlas. No tuve ocasión de decirte esto y por eso te escribo ahora. Yo siempre seré tu mamá y siempre te querré. Solo que no seré tu mamá en casa, seré tu mamá en el corazón. Ahora tengo..."

Billy, enfadado, sube el volumen de la tele, por lo que Ted decide dejar de leer y guarda la carta.

Después de varios meses, Ted y Billy empiezan a acomodarse a la situación y, paulatinamente, surge una intensa relación de complicidad y cariño entre uno y otro. Un día, hallándose en el parque con Margaret, vecina y amiga de Joanna y Ted, viendo jugar a sus hijos, Billy se cae y se hace un corte serio en la cara. Ted lo lleva corriendo al hospital donde consuela a su hijo con ternura, reflejando una fuerte conexión emocional y su sentido de la responsabilidad hacia el niño.

Y entonces vuelve Joanna y se abre la tercera parte del guión. Los dos se citan en un restaurante conocido, donde tiene lugar el siguiente diálogo:

JOANNA: *Toda mi vida me he sentido la esposa de alguien o la madre de alguien o la hija de alguien. Durante el tiempo que estuvimos juntos, yo no supe quien era, por eso tuve que marcharme.*

JOANNA: *No queda nada pendiente.*

JOANNA: *Y además ya no te quiero.*

TED: *Eh, eh, basta, ¿dónde vas? A ver qué es lo que he hecho. Vamos, dímelo. Anda por favor dime lo que he hecho de malo.*

TED: *¿Dónde vas?*

JOANNA: *No lo sé...*

JOANNA: *No es por tí, es por mí. Te equivocaste de persona al casarte. ¡No lo resisto, déjame!*

Consumado el abandono, pasamos a la segunda parte, el aprendizaje. Naturalmente, me estoy refiriendo a Ted asumiendo sin experiencia previa el oficio de madre y padre, sin dejar de trabajar para su agencia, y a Billy, privado de su madre, aceptando con dificultad a su padre. Un buen ejemplo de la ignorancia de Ted sobre su hijo es que, la primera vez que lo lleva al colegio, le pregunta, primero, a qué hora tiene que llegar y, después, en qué clase está. Ted había sido un perfecto ejecutor de la frase favorita de su jefe: *"no dejes que los problemas familiares se interpongan en tu trabajo."*

TED: *Joanna, por favor, no seas... perdona.*

JOANNA: *¡No, no me hagas entrar ahí, no!*

TED: *Sólo es para hablar.*

JOANNA: *Te juro que un día, el año que viene, la semana que viene, cualquier día, me tiro por la ventana.*

La vida pasa. Ted y Billy se topan con dificultades, pues Ted no encuentra tiempo para su nueva carga de trabajo y Billy echa de menos el cariño y atención que recibía de su madre.

TED: *Por favor Joanna, ¿y qué pasa con Billy?*

JOANNA: *No me llevo a Billy. No soy buena con él, lo hago muy mal, no tengo paciencia, estará mejor sin mí.*

A poco, se recibe una carta de Joanna dirigida a Billy. Ted lee la carta en voz alta y despacio:

TED: *Joanna, por favor...*

“**Ted y Billy empiezan a acomodarse a la situación y, paulatinamente, surge una intensa relación de cariño y complicidad entre uno y otro**”

En California creo que me encontré a mí misma. Me puse a trabajar, hablé con un psicólogo, uno muy bueno, y, no sé, tengo paz interior por primera vez en mi vida. He aprendido mucho de mí misma.

TED: *¿El qué? En serio, me interesa mucho lo que has aprendido.*

JOANNA: *He descubierto que quiero mucho a mi hijo y que soy capaz de encargarme de él.*

TED: *¿Que estás diciendo?*

JOANNA: *Quiero a mi hijo.*

TED: *Eso ni pensarlo.*

JOANNA: *No te pongas a la defensiva, ni intentes asustarme.*

TED: *No me pongo a la defensiva. ¿Quién se marchó de casa hace quince meses?*

JOANNA: *¡Me da igual! Sigo siendo su madre.*

TED: *Sí, a cinco mil kilómetros de él y sólo porque le mandas unas postales te crees con derecho...*

JOANNA: *Nunca dejé de querer a mi hijo, ni por un solo momento dejé de quererle...*

TED: *¿Por qué crees que él te quiere a ti?*

JOANNA: *¿Y por qué crees tú que no me quiere?*

TED: *Bueno, mira, no nos vamos a poner a discutir como lo hicimos durante ocho años, ya estamos igual.*

JOANNA: *No puedes negarme el acceso...*

TED: *¡No me digas lo que puedo hacer y lo que no, y no me hables así! Mira, Joanna, dejemos el asunto. Toma las medidas que te parezca y yo también tomaré las mías.*

JOANNA: *Y siento mucho que te lo tomes así.*

Con esto, el conflicto estaba servido. Los dos se buscan sus respectivos abogados y pronto se enfrentan en los tribunales para obtener la custodia de su hijo.

El abogado de Ted le advierte de que el caso no está ganado como él se cree. Primero, porque nunca hay un caso ganado, sobre todo cuando se trata de la custodia de un niño y, segundo, porque les corresponde la carga de probar que su exmujer no es una madre adecuada y para eso tendría que jugar sucio y la otra parte también lo haría. Añade que, en el caso de niños de la edad de Billy, los tribunales favorecen a las madres.

Ni Ted ni Joanna estaban preparados para la violencia verbal que sus abogados iban a poner en práctica en el juicio. Margaret, la amiga común se vio obligada a reconocer que ella había aconsejado a Joanna





que abandonara a Ted si era tan desgraciada como le decía, aunque intentó decirle desde el estrado que su marido había cambiado mucho. Después salió a relucir el hecho nada favorable para Ted de haber sido despedido porque sus responsabilidades familiares entraron en conflicto con su trabajo, forzándole a aceptar otro puesto con un sueldo inferior y el juego sucio llevó a mencionar también los detalles del accidente de Billy.

Finalmente, el tribunal otorgó la custodia a Joanna, no tanto por razón de las pruebas aportadas como por entender que un niño está mejor cuidado por su madre. Pero Billy se quedó perplejo al saber la noticia.

BILLY: *No lo entiendo.*

TED: *El problema es que tu madre y yo, los dos, queremos tenerte, hijo, por eso fuimos a ver a ese hombre, ya te dije que es un juez y dejamos que él decidiera porque es un sabio y un experto en estas cosas, así que hablamos con él unos días y después le preguntamos qué opinaba. ¿Y sabes lo que dijo? Que tenía razón mamá, que sería una buena idea que te fueras a vivir con ella desde ahora, y yo tendré la suerte de poder cenar contigo una vez por semana, y dos veces al mes pasaremos juntos el fin de semana.*

BILLY: *¿Dónde va a estar mi cama? ¿Dónde voy a dormir?*

TED: *Mamá ya ha pensado todo eso. Tendrás un dormitorio en su casa.*

BILLY: *¿Dónde guardaré todos mis juguetes?*

TED: *En casa de mamá. Los llevaremos todos allí y con un poco de suerte ya verás como te compra otros.*

BILLY: *¿Quién me leerá cuentos por la noche?*

TED: *Pues mamá.*

BILLY: *¿Tú no irás a darme un beso a la cama, verdad?*

TED: *No, no voy a poder ir, pero sí podré ir a verte. Todo se va a arreglar, ya lo verás.*

BILLY: *Y si no me gusta, ¿puedo volver a casa?*

TED: *¿Cómo si no te gusta? ¡Lo vas a pasar en grande con mamá! De verdad. Ella te quiere mucho.*

BILLY: *Papá, ya sabes, si algún día te sientes solo, llámame.*

TED: *Todo se va a arreglar. Anda, vamos a comprar un helado*

El día previsto para recoger a Billy, Joanna llama a Ted y le pide que baje a hablar con ella.

TED: *Hola ¿qué pasa?*

JOANNA: *Cuando desperté esta mañana, empecé a pensar en Billy y me lo imaginé despertándose en su cuarto con las nubecitas que yo pinté en las paredes. Pensé que debería haber pintado nubes en casa para que no echará de menos nada. Vine aquí para llevarme a mi hijo a casa y he descubierto que ya está en su casa. Le quiero muchísimo pero no me lo voy a llevar. ¿Puedo subir a hablar con él?*

Al entrar en el ascensor, limpiándose las lágrimas, se vuelve hacia Ted y le pregunta: ¿qué tal estoy? Y él le contesta: guapísima. La pantalla se ennegrece y acaba la película.

Kramer contra Kramer plantea al jurista unos cuantos problemas. Algunos son hondamente jurídicos, de regulación y de práctica legal. No son normalmente objeto directo de estudio por el abogado del Estado, pero ya dije una vez que a un abogado nada le es ajeno, jurídico o no. Esto

JOANNA: Vine aquí para llevarme a mi hijo a casa y he descubierto que ya está en su casa

aparte, cualquiera de esos problemas bien puede afectarnos personalmente, aunque ojalá no suceda.

Un primer problema es el que abre paso a la primera parte del guión, el abandono, y es la incompatibilidad entre un trabajo profesional extenso en número de horas y la atención a la familia. Esta cuestión ya la traté en el comentario a Erin Brokovich. Sin embargo, Erin era una mujer sola, necesitada de dinero para alimentar a sus hijos y llevaba un caso que afectaba a la vida de muchísimas personas. En Kramer tenemos una situación muy normal y frecuente, la del ejecutivo que ocupa un puesto donde el ascenso es difícil o del que puedes ser removido a la menor falta de entrega. Parece inevitable un grado de dedicación, cada vez más y más intenso. Las obligaciones familiares parecen no existir. Alguien, la esposa que no trabaja o que lo hace moderadamente, provee al cuidado de los hijos. No es difícil el diagnóstico. Hay que repartir el tiempo adecuadamente entre nuestras obligaciones para cumplir con todas: cliente o patrono, cónyuge, hijos e incluso parientes y amigos. Y el reparto, cuando los dos cónyuges trabajan, ha de hacerse con habilidad. La profesión no debe convertirse en una excusa permanente del incumplimiento de los deberes familiares. Entonemos un mea culpa cuando proceda y, mirando atrás, yo el primero.

Un segundo problema es cómo calificar el abandono del domicilio conyugal por parte de Joanna. El guión plantea la situación con eficacia al mostrarnos la plena dedicación de Ted a su trabajo, su desconexión de su mujer y de su hijo y la angustia de Joanna, reflejada en su rostro y materializada por sus hechos. Ted acaba aceptando la realidad impuesta por su mujer. Es evidente, sin embargo, que Joanna puso a su hijo en riesgo, ya que desconocía cómo su marido se las iba a arreglar por sí solo. Su conducta —creo—

no merece un elogio. En el Código Penal español, aún se tipifican como delito el incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad y el abandono de menores. Esos delitos sólo se persiguen previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, o del Ministerio Fiscal cuando dicha persona sea menor de edad. No me parece, al repasarla, que la regulación sea un modelo de claridad, ¿verdad?, sobre todo teniendo en cuenta los cambios habidos en el ámbito familiar.

los tribunales se apartaban de la doctrina tradicional de atribuir a las madres sistemáticamente la custodia de los menores de diez años y tenían en cuenta los mejores intereses del niño. En Kramer los dos padres parecen igualmente adecuados. El juez debía ponderar tres factores: 1) que Joanna abandonó a Billy y Ted sin previo aviso; su inestabilidad emocional podría reaparecer de forma que resultase dañina para su hijo; 2) que Billy ha vivido con Ted durante dieciocho meses y un cambio de situación podría serle per-



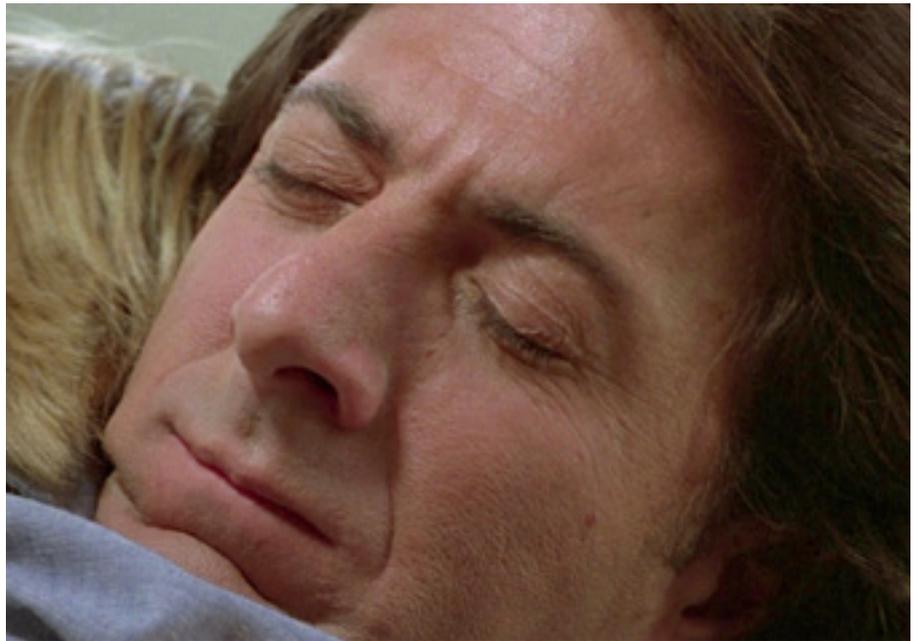
Un tercer problema es qué criterio ha de seguirse para la atribución de la custodia de un menor en caso de ruptura de la pareja. En los años setenta, al final de los cuales se estrenó Kramer, ya había en los Estados Unidos muchos casos en que

judicial; 3) que quizá las madres son más adecuadas para atender a los niños pequeños que los padres. La decisión del juez se basó exclusivamente en el tercer factor, cuando el segundo debería haber pesado más. La continuidad es vital en la vida de un niño de corta edad. Pues bien, la doctrina de “los primeros años” ha sido abolida en la mayoría de los estados americanos como discriminación por razón de género.

Hay que repartir el tiempo adecuadamente entre nuestras obligaciones para cumplir con todas: cliente o patrono, cónyuge, hijos e incluso parientes y amigos

Muchos recordaremos los tiempos en que la custodia de los hijos menores de siete años, entre nosotros, se atribuía siempre a la madre. Hoy el sistema ha variado. Se permite a los padres, que plantean judicialmente su separación o divorcio, regular el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos por medio de convenio, que será aprobado por el juez salvo que

“ La ley contiene alusiones constantes al beneficio e interés de los hijos, al derecho a ser oídos de los menores que tengan suficiente juicio y, en todo caso de los mayores de doce años ”



sea dañoso para los hijos. Cuando, a falta de convenio, deba el juez adoptar medidas en relación a los hijos, la ley contiene alusiones constantes al beneficio e interés de los mismos, al derecho a ser oídos de los menores que tengan suficiente juicio y, en todo caso de los mayores de doce años, y a la intervención del Ministerio Fiscal, así como a la posibilidad de recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados. Se observa en la legislación vigente la falta de referencia al sexo de los padres, en consonancia con el derecho constitucional de no discriminación por razón de sexo. Un punto esencial para decidir sobre la custodia será considerar con cuál de los padres mantenían los hijos más relación, cuál se dedicaba más a su cuidado y asistencia, tema bien difícil de decidir, contando además con el criterio de procurar no separar a los hermanos.

La organización actual de las familias difiere de la existente cuando la mujer no se había incorporado al mundo del trabajo y presenta ejemplos variopintos. En este sentido, me atrevo a dar un consejo a mis lectores con hijos pequeños. No hay pareja que esté libre del todo de enfrentarse a un conflicto. Si queréis a vuestros hijos, cuidad personalmente de ellos lo más que podáis u os arriesgáis a perderlos.

Por último, un cuarto problema, de procedimiento, es cuál es el medio adecua-

do para resolver los conflictos de familia. Hay que evitar espectáculos, como el que se presencia en la película, de acoso de los abogados a los padres y a los testigos. Pensemos todos juntos. Empecemos por decir algo obvio, que la mejor manera de resolver un conflicto es evitar que surja. Y eso comprende la elección racional del cónyuge, la creación de un sentir común, la decisión responsable de tener hijos y de cómo educarlos, el reparto adecuado de las obligaciones laborales y familiares, la comunicación constante, el no dejar ningún problema por pequeño que sea sin discutir y resolver y la generosidad y el olvido de uno mismo. Como todo esto es un desiderátum, cuando el conflicto haya surgido y haga imposible la convivencia, estoy a favor de cualquier sistema de conciliación o mediación antes de ir a planteamientos judiciales, donde hay ganadores y perdedores y se hace poco menos que impensable reconstituir la relación. La ley vigente en nuestro país prevé que las partes soliciten al juez la suspensión del procedimiento para someterse a mediación. En una verdadera mediación son las partes las que llegan al acuerdo, ayudadas por el mediador. Se le suele achacar que los acuerdos a que se llega no son jurídicamente exigibles, pero en el ámbito familiar el acuerdo entre los cónyuges tiene mucho más significado y es más valioso y útil que en el mundo de los negocios. Por cierto, existe una pá-

gina en Internet del Consejo General del Poder Judicial para informar de los juzgados que practican la mediación:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion

Buen número de Comunidades Autónomas tienen regulado el tema por leyes especiales y han organizado servicios al efecto. Sería muy deseable que cuenten con personal formado y eficiente. La mediación no es nada sin el mediador. Hasta que haya una cultura efectiva de la mediación, concluyo con una exhortación. Ni jueces, ni mediadores, que sean las partes, o sea los cónyuges, los que decidan sus conflictos y que lo hagan cuando salte una simple chispa y antes de que esa chispa se convierta en un incendio imposible de extinguir.

Con este comentario, he completado una serie de diez. Creo llegado el momento de ponerles fin. Espero que os hayan servido de algo más que de entretenimiento. Únicamente los reanudaré si me ocurre lo mismo que le pasó a Conan Doyle con su personaje Sherlock Holmes. Cansado de escribir relatos de detectives y deseando cambiar su rumbo de escritor, lo mató en una tremenda lucha final con su adversario el Dr. Moriarty. El público no se lo perdonó y Doyle tuvo que recurrir a una argucia para “resucitar” al famoso sabueso y continuar con sus aventuras. ■



CAMPEONATO DE GOLF DE LA ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DEL ESTADO

Este año, en la Asociación, decidimos hacer coincidir la Cena de la Asociación en homenaje a los compañeros jubilados con la celebración, ese fin de semana, del Campeonato de Golf que anualmente congrega a numerosos compañeros aficionados a este deporte. Se celebró durante los días 29 y 30 de junio la que ya ha llegado a su octava edición.

Como siempre, el Campeonato estuvo abierto a compañeros y sus parejas –lo que, al tenor de quien fue la flamante ganadora del torneo, motivo no pocas discusiones–, es federativo y se juega en modalidad *stableford* a la suma de los dos días de campeonato. Contamos, como siempre, con el esfuerzo, la dedicación y la ilusión que todos los años pone en su organización nuestro compañero Ignacio Redondo.

Como campo cercano a Madrid se eligió el campo de El Encín, en Alcalá de Henares, a quien se agradece la organización del almuerzo que se ofreció a los asistentes el domingo. Este día se dieron los premios, con la asistencia del Presidente de la Asociación. De una parte, los compañeros en excedencia, como es habitual, trajeron los obsequios propios de sus empresas. Pero, sobre todo, de otra, el agradecimiento al patrocinador de este campeonato, Santander Justicia, que ofreció los principales premios. El año que viene, más... ■



RESULTADOS DEL VIII CAMPEONATO DE GOLF

Campeona absoluta: Verónica Perez del Val

Campeón scratch: Jose Luis Martínez Almeida

Cuchara de madera: Yago Fernández Badía

Campeona sábado: Verónica Perez del Val

Campeón domingo: Santiago Hurtado

Drive más largo: Luis Babiano (sábado) y Jose Luis Martínez Almeida (domingo)

Bola más cercana en par 3: Federico Ramos (sábado) y Juan Zabía (domingo)



哥之麻呂筆

藤城



ESTAMPAS JAPONESAS

LOS VISITANTES PODRÁN DISFRUTAR DE UNA SELECCIÓN DE 26 ESTAMPAS JAPONESAS DE LOS SIGLOS XVIII Y XIX DE LA COLECCIÓN DEL MUSEO, NUNCA ANTES EXPUESTAS

La exposición, ordenada cronológica y tipológicamente, comienza con las estampas más antiguas que posee el Museo. La primera de ellas data de finales del siglo XVII y consiste en una escena impresa con tinta negra a partir de un solo taco de madera donde su autor, Torii Kiyonobu, muestra una escena de la obra de teatro Daifukuchosankai Nagoya representada en Edo a principios de 1697. En el segundo grabado de la muestra, ya en 1760, Ishiwaka Toyonobu representa la escena de una buceadora recolectora de orejas de mar en una estampa impresa con dos tacos de madera estampados con tinta de dos colores (benizuri) en la obra Pescadora de orejas de mar y niño.

El resto de los grabados de la exposición aparecen ya realizados mediante la técnica de múltiple impresión de tacos de madera a color (nishiki-e). Las primeras estampas policromas son dos escenas de los Cuentos de Ise realizadas entre 1770 y 1780 por Katsukawa Shunshō. La era Kansei, uno de los momentos culminantes de la estampa japonesa, también está presente en la muestra de la mano de algunos de los artistas de mayor prestigio de Edo como Kitagawa Utamaro con Dos jóvenes mujeres con abanico, Kubo Shunman con Escena campestre y Katsushika Hokusai con Kameidotenjin, una vista del Templo de Kameido.

Ya en los albores del siglo XIX hay que destacar una estampa de guerra que representa la rebelión de Hōgen, firmada por Katsukawa Shuntei, y el retrato de una cortesana de Yoshiwara obra de Kikugawa Eizan. Utagawa Hiroshige, un artista que gozaba de gran popularidad en Occidente gracias al japonismo, también está representado, con siete estampas de paisajes, en esta muestra que finaliza con una panorámica del lago Shinobazu de Chikanobu y un tablero de Sugoroku, un juego de mesa similar al de la oca. ■

Los biombos traídos expresamente desde Japón, están considerados como obras de gran importancia dentro del patrimonio artístico japonés



Museo del Prado - Sala 60

Desde el 12 de junio al 6 de Octubre de 2013
de lunes a sábado de 10 a 20h.
domingos y festivos de 10 a 19h.



Desafío deportivo contra la pobreza en el mundo



IntermónOxfam Trailwalker es el mayor desafío deportivo del mundo por equipos para luchar contra la pobreza. El desafío consiste en que equipos de cuatro personas recorran a pie 100 km en un máximo de 32 horas. Los miembros del equipo deben empezar, caminar y finalizar juntos.

¿El objetivo? Luchar contra la pobreza y la injusticia en el mundo. Por eso los equipos se comprometen a conseguir donativos, que en IntermónOxfam destinamos a más de 400 proyectos de cooperación, acción humanitaria, comercio justo y sensibilización, en 40 países.

El Trailwalker era un ejercicio de entrenamiento militar en Hong Kong. En 1981 pasó a convertirse en un evento Oxfam para recaudar donativos. Hoy es uno de los principales desafíos deportivos del mundo, con 16 eventos en 11 países.

En la primera edición de IntermónOxfam Trailwalker (2011) se inscribieron 210 equipos de los que 200 consiguieron los fondos necesarios y tomaron la salida el 7 de mayo. 143 equipos llegaron a meta en menos de 36 horas, recorriendo los 100 kilómetros de la ruta 'Els 3 monts', en Barcelona. La iniciativa recaudó 473.297 €.

En la segunda edición se inscribieron 295 equipos, 287 tomaron la salida y 270 completaron los 100 kilómetros de

“ El Trailwalker es uno de los principales desafíos deportivos del mundo, con 16 eventos en 11 países ”



Algunos testimonios de los participantes

“Una experiencia única con un fin: Solidaridad con los más necesitados y un medio: entrega, compañerismo, esfuerzo y sacrificio”

“El Trailwalker ha sido una experiencia dura y magnífica que ha llevado al límite nuestras capacidades en todos los sentidos, ha sido una lección de trabajo en equipo, por ello ser capaz de finalizarla es tan gratificante”

“100 km en un entorno natural precioso, mucho compañerismo y esfuerzo y todo por una buena causa, ayudar a aquellos que recorren muchos más kms que nosotros para conseguir agua”

la Vía Verda de Olot hasta SantFeliu de Guíxols. Recaudamos 770.606 €.

En la tercera edición celebrada el pasado 20 de abril repetimos ruta. El día a día de los entrenos, las actividades para recaudar fondos, la causa solidaria y la convivencia en redes sociales y con el resto de equipos, son una oportunidad única de trascender las relaciones personales más allá de lo meramente deportivo. IntermónOxfam lleva a cabo en cuatro vías principales de actuación: cooperación al desarrollo, acción humanitaria, incidencia política y comercio justo.

Resulta increíble percibir la solidaridad de muchas personas que ponen a prueba incluso su salud física, es una prueba realmente dura, donde muchos se lesionan y otros sencillamente no lo superan, pies vendados, frío extremo, noche cerrada y otros impedimentos no han podi-

“Una oportunidad única de trascender las relaciones personales más allá de lo meramente deportivo”

do con la mayoría de los equipos. Se lleva al límite el trabajo en equipo, la labor de las personas de apoyo, la estrategia de tiempos y velocidad a seguir, las dietas, las medicinas, en el fondo, el compañerismo, el cuidado mutuo. Han sido muchos los que tras más de un día sin parar han llegado a la meta apoyándose en otros porque ya no podían caminar, muchos los que han vuelto a casa lesionados, pero el sentimiento es común: satisfacción personal, por la entrega, por el esfuerzo, por los que nos necesitan. ■

Trailwalker 2014 Girona o Madrid

Con la cuarta edición del Trailwalker esperamos llegar a los 400 equipos participantes en el mayor reto deportivo y solidario del mundo: el 26 de abril repetimos en la vía verde de Girona y el 5 de julio nos vamos al Valle de Lozoya y la Sierra de Guadarrama en Madrid. ¡DKV Seguros dona los primeros 200€ a los equipos que os inscribáis antes del 30 de septiembre!

Puedes encontrar detalles de la prueba, destino de lo recaudado, e instrucciones para hacer las aportaciones en la web

trailwalker.intermonoxfam.org/es





Asociación de Abogados del Estado

Publicación patrocinada por:

Banesto
CLUB JUSTICIA



ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

El 'nuevo' convenio para evitar la doble imposición entre los EE.UU. y España

Félix Alberto Vega Borrego

Profesor titular de Derecho financiero y tributario Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción

La finalidad principal de los convenios para evitar la doble imposición internacional (CDI) es eliminar precisamente la “*doble imposición internacional*” que se produce fundamentalmente porque la mayoría de los países gravan a sus residentes por la renta mundial (Estado de residencia) y a los no residentes por las rentas que se hayan producido o generado en su territorio (Estado de la fuente). Con ello se pretende que la doble imposición internacional no constituya un obstáculo al movimiento de personas y capitales y al intercambio de bienes y servicios. No obstante, conjuntamente con esta finalidad, los convenios contienen otro tipo de disposiciones que tienen como objetivo evitar determinados tratamientos discriminatorios en el ámbito tributario, además de prevenir la evasión y el fraude fiscal, dotando a las Administraciones de los países parte del convenio de instrumentos para el intercambio de información y asistencia en la recaudación tributaria.

España cuenta en la actualidad con una red relevante de CDI. Ello se debe, como se señala en la propia página del Ministerio de Hacienda (<http://www.minhap.gob.es> > Normativa > Tributaria > Convenios doble imposición), a que esta materia se ha considerado como un instrumento esencial para promover las inversiones exteriores, bien sean extranjeras en España o de capital español en el exterior, dado que dotan de seguridad jurídica a los inversores y reducen la fiscalidad de dichas inversiones. En particular, de acuerdo con la información publicada por el Ministerio de Hacienda, en la actualidad están rubricados 98 CDI, estando en vigor 84. Los otros 14 se encuentran en distintas fases de tramitación (Argentina, Azerbaiyán, Bielorrusia, Catar, Chipre, Kuwait, Namibia, Nigeria, Omán, Perú, República Dominicana, Senegal, Siria y Uzbekistán). Además se están renegotiando los convenios con Austria, Canadá, Estados Unidos, India, Reino Unido y Suiza.

En este contexto podemos ver cómo España ya tiene suscrito un convenio con Estados Unidos de América (EEUU), convenio que tiene efectos desde el 21 de noviembre de 1990 (BOE del 22 de diciembre de 1990). Se trata de uno de los convenios más relevantes de la red española, circunstancia que se explica de forma bien sencilla por el importante flujo de inversiones que existen entre ambos países. Su aplicación en la práctica no se diferencia esencialmente del resto de convenios, si bien no puede pasarse por alto que hasta la fecha han existido varios aspectos controvertidos.

Por ejemplo, el art. 12 del convenio vigente ha planteado en España ciertos litigios acerca de cómo debe interpretarse el concepto de canon o *royalty*. La problemática se debe a que el convenio vigente permite al Estado de la fuente —que será España cuando la renta generada en España la obtiene un residente en los EEUU, y que será EEUU, cuando la renta allí producida la perciba un residente en España— exigir al no residente el impuesto sobre la renta de no residentes, si bien estableciendo un límite. Con carácter general, ese límite es del 10% del rendimiento bruto obtenido, pero se reduce al 5% cuando se trata de obras literarias. También se prevé un límite de 8% cuando los cánones derivan de la cesión del derecho al uso “*de películas cinematográficas, o películas, cintas y otros medios de transmisión o reproducción de la imagen o el sonido, y del importe bruto de los cánones por el uso, o el derecho al uso, de equipos industriales, comerciales o científicos, y por derechos de autor sobre obras científicas*”.

Este diferente tratamiento en la fuente ha generado importantes conflictos en cuanto a las rentas derivadas de la cesión de uso de programas de ordenador. La discusión ha girado a si se debían asimilar a las obras literarias, al tratarse de obras protegidas en la normativa sobre propiedad intelectual. Si ello fuera así, estas rentas tributarían según el CDI al 4% y no al 10%. Por el contrario, si no

“España cuenta en la actualidad con una red relevante de CDI. Ello se debe a que esta materia se ha considerado como un instrumento esencial para promover las inversiones exteriores dado que dotan de seguridad jurídica a los inversores y reducen la fiscalidad de dichas inversiones”

se acepta dicha calificación, el gravamen que podría exigirse al no residente ascendería hasta el 10%. Esta cuestión ha sido resuelta de manera diferente en función del momento temporal en el que ha surgido el problema, cuestión que no vamos a analizar aquí (véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002, recurso 8982/1996, y de 19 de marzo de 2013, recurso 3732/2010). No obstante, conviene poner de relieve, como luego veremos, que una de las modificaciones previstas de este convenio, eliminará de forma completa la discusión anterior. En efecto, se prevé que, con carácter general, los royalties sólo tributarán en el Estado de residencia del perceptor—que será EEUU o España según el caso—, lo que supone que el Estado de la fuente no podrá exigir impuesto alguno al no residente.

Por otra parte, también hay que destacar que el CDI EEUU-España es uno de los pocos convenios en que España ha suscrito un acuerdo amistoso interpretativo con el otro país con el fin de aclarar la aplicación de determinados aspectos del mismo. En este caso se trata del acuerdo celebrado en 2006 (BOE del 13 de agosto de 2009) cuyo objeto principal es concretar algunos aspectos técnicos acerca de la aplicación de los beneficios del convenio a determinadas entidades americanas no sujetas allí al impuesto sobre sociedades (“entidades transparentes”).

Pues bien, de lo expuesto, se advierte que España ya tiene un convenio con EEUU y lo que ha sucedido es que ambos Estados han decidido renegociar el mismo, no tanto para acordar un nuevo convenio que sustituya íntegramente al anterior, sino para modificar algunos de los aspectos del mismo. Eso explica que lo que han firmado EEUU y España el pasado 14 de enero de 2013, no sea un nuevo convenio, sino un Protocolo que modifica y añade determinadas disposiciones al ya firmado y todavía vigente convenio del año 1990. Estas modificaciones no entrarán en vigor hasta que el

Protocolo sea ratificado tanto en EEUU como en España, de acuerdo con los procedimientos previstos en cada país para la ratificación de tratados internacionales. No obstante, aunque no se trate de un nuevo convenio, no puede pasarse por alto que las modificaciones que introduce el Protocolo no son menores, pues se modifican total o parcialmente hasta catorce preceptos del convenio vigente. Las modificaciones que se prevén responden, según el caso, a motivos diferentes.

En algunos casos se trata de meros cambios de criterio de los Estados sobre cómo deben tributar determinadas rentas, pasando de una modalidad de reparto de la potestad tributaria en la que tanto el Estado de la fuente como el de residencia podían gravar la renta, limitada o ilimitadamente, a otra en que se reserva el gravamen exclusivo al Estado de residencia. Eso es lo que sucede, por ejemplo, en el caso mencionado de los cánones y también con las ganancias derivadas de la transmisión de participaciones significativas en sociedades residentes en el otro Estado. En otros casos lo que se pretende es actualizar este convenio adaptándolo a los parámetros estadounidenses en materia de negociación de convenios, parámetros que se plasman en el modelo estadounidense de convenio de 2006, que es el documento de partida de EEUU cuando negocia cualquier CDI. Aquí el ejemplo más significativo es el de la nueva cláusula de limitación de beneficios del art. 17. Finalmente, entre otros aspectos, cabe resaltar las modificaciones meramente técnicas como las que pretenden adaptar el convenio a los más modernos parámetros de transparencia y colaboración interadministrativa. Ello se debe, entre otros motivos, a que ambos Estados forman parte de la OCDE, cuyo modelo de convenio para evitar la doble imposición es seguido por ambos Estados, sin perjuicio de que EEUU tenga determinados planteamientos propios en este ámbito, que se reflejan en su modelo de convenio de 2006.

*“El CDI
EEUU-España
es uno de los pocos
convenios en que
España ha suscrito
un acuerdo amistoso
interpretativo con
el otro país con
el fin de aclarar
la aplicación de
determinados
aspectos del mismo”*

En las páginas siguientes nos detendremos en algunos de los aspectos más significativos del Protocolo.

2. Análisis de las cuestiones más relevantes previstas en el Protocolo de modificación del convenio vigente

2.1. Ámbito de aplicación del convenio y definiciones

El Protocolo contempla modificaciones de diverso calado. La primera se refiere al concepto de establecimiento permanente (art. 5). Este concepto tiene una importancia trascendental en marco de los CDI porque es un criterio básico para atribuir o no competencia al Estado de la fuente en un buen número de las rentas reguladas por el convenio y, particularmente, en las que se derivan del ejercicio de actividades económicas. Así, por ejemplo, un rendimiento derivado del ejercicio de una actividad económica realizada en el otro Estado parte del CDI solamente podrá ser gravada allí si la persona que obtiene la renta tiene allí un establecimiento permanente y la renta se obtiene a través de ese establecimiento.

“No puede olvidarse que el principal beneficio que se deriva de los CDI es que eliminan o reducen significativamente el impuesto que soporta una persona en el país donde obtiene rentas pero no es residente”

Aquí los CDI suelen contemplar tres modalidades de establecimientos. Uno de ellos es el que se deriva cuando se realiza en el otro Estado una obra o un proyecto de construcción o instalación. En estos casos sólo se considera que existe un establecimiento permanente cuando esta actividad se prolonga por encima de un determinado período de tiempo. El convenio vigente establece ese plazo en seis meses, y el Protocolo lo amplía al efecto de que esta actividad sólo dará lugar a la tenencia de establecimiento permanente cuando su duración exceda de doce meses.

Por otra parte, el Protocolo prevé dos modificaciones relevantes que afectan al ámbito subjetivo del convenio, aunque en algunos casos los preceptos correspondientes no se ubican dentro de los arts. 1 a 5 del convenio vigente.

El primero se refiere a las entidades transparentes (nuevo apartado 6 del art. 1). De acuerdo con los parámetros de la OCDE, una entidad que no esté sujeta al impuesto sobre sociedades del Estado correspondiente no puede reclamar para ella los beneficios de un CDI. Ello es así porque difícilmente puede considerarse que reside en dicho Estado, como consecuencia de que la entidad como tal no está sujeta al impuesto sobre sociedades (IS) por las rentas que obtiene. No obstante, como es sabido, en estos casos la mayoría de las legislaciones aplican un régimen de transparencia (o de “atribución de rentas”, según la terminología utilizada por la normativa española), lo que supone que la renta obtenida por la entidad tributa en sede de los socios, comuneros o partícipes, aunque la misma no se haya distribuido efectivamente. Cuando ello sucede, lo que se plantea es si los beneficios de los CDI se pueden aplicar a dichos socios, pues están efectivamente sujetos a tributación por esas rentas.

El planteamiento de la OCDE es positivo a este respecto, por lo que los beneficios del convenio no se aplican formalmente a la entidad transparente como tal, pero sí a sus socios, comu-

ros o partícipes, en la medida en que se les atribuya efectivamente la renta por la normativa tributaria del Estado donde residen. Pues bien, el Protocolo recoge expresamente este criterio de aplicación de los beneficios a los socios de entidades transparentes. Materialmente, sin embargo, en este punto no hay modificaciones sustantivas, porque es el criterio que venía aplicando la Administración española y el que recoge el acuerdo amistoso con EEUU de 2006 al que nos referimos al principio de este trabajo. No obstante, cabe destacar que este acuerdo amistoso se refiere exclusivamente al régimen aplicable a determinadas entidades transparentes americanas, y el nuevo apartado 6 del art. 1 del Protocolo no distingue por razón de su origen.

No obstante, en cuanto a la aplicación de los beneficios a los socios de entidades transparentes, se establece una importante restricción. La letra “b” del apartado 6 del art. 1 del Protocolo contempla la situación en la que la entidad transparente se ha constituido conforme a la legislación de un país que no forma parte del convenio, y lo que se pretende que los socios que sí residen en uno de los Estados parte del convenio, obtengan los beneficios del convenio respecto a las rentas generadas en el otro Estado. Piénsese, por ejemplo, un socio residente en EEUU que participa en una entidad transparente constituida en Reino Unido que obtiene rentas en España. En estos casos, cuando la entidad transparente no está constituida ni en EEUU ni en España, solo se reconocerán los beneficios del convenio si dicha entidad está constituida en un Estado con el que el Estado parte del CDI donde se genera la renta tiene un acuerdo, que debe estar en vigor, que le permita intercambiar información en materia tributaria. En el ejemplo señalado no habría problema alguno para aplicar al residente en EEUU los beneficios del CDI EEUU-España, porque España puede intercambiar información con Reino Unido tanto en el marco del convenio suscrito con ese país como en

el marco de la normativa europea sobre intercambio de información.

La siguiente cuestión que afecta al ámbito subjetivo del convenio es la nueva redacción que se prevé en el Protocolo para la cláusula de limitación de beneficios prevista el art. 17 del convenio. La explicación de esta modificación precisa algunas aclaraciones previas.

El acceso a los beneficios de un convenio es relativamente sencillo pues basta estar sujeto a tributación por la renta mundial obtenida en alguno de los Estados parte del mismo. Ello es así, especialmente cuando se trata de entidades, pues basta constituir una entidad en alguno de los Estados parte del convenio, en la medida en que la mayoría de los Estados el mero hecho de que una entidad se constituya conforme a su ordenamiento determina, desde el punto de vista tributario, la sujeción al impuesto sobre sociedades de ese país. Esta circunstancia explica que se hayan desarrollado conductas denominadas de *treaty shopping* cuyo objeto es aprovecharse de los beneficios de un convenio mediante la creación o utilización de una sociedad residente en alguno de los Estados parte del mismo. En este sentido, como luego insistiremos a la hora de analizar otras modificaciones previstas en el Protocolo, no puede olvidarse que el principal beneficio que se deriva de los CDI es que eliminan o reducen significativamente el impuesto que soporta una persona en el país donde obtiene rentas pero no es residente.

Con el fin de evitar este tipo de conductas, tanto en el seno de la OCDE, como en los propios convenios firmados por los Estados, se han desarrollado diferentes medidas para contrarrestar este tipo de conductas, especialmente cuando son notoriamente artificiosas y su único fin es aprovecharse de los beneficios en la fuente que se prevén. No obstante, estas medidas no han modificado sustancialmente el ámbito subjetivo de los convenios, pues sigue bastando ser residente en uno de los Estados

parte del concreto convenio. El enfoque de los EEUU, sin embargo, ha sido bien diferente, y ello explica que tanto en su modelo de convenio como en los CDI que firma se prevea siempre un conjunto complejo y sofisticado de cláusulas de limitación de beneficios (*limitation on benefits clauses*, en adelante LOB).

El objetivo de estas cláusulas es exigir requisitos adicionales para tener derecho a la aplicación de los beneficios de un convenio. En efecto, los convenios con LOB requieren que el contribuyente, además de cumplir el requisito de la residencia, que tenga un vínculo suficiente con el Estado de residencia o motivos económicos válidos para obtener desde ese Estado el rendimiento generado en el Estado de la fuente. La concreción de este principio se materializa a través de la formulación de una serie de cláusulas cuyo cumplimiento es inexcusable para poder reclamar los beneficios del CDI (cláusulas de cotización en bolsa, de propiedad y erosión en la base, actividad y buena fe). En consecuencia, para tener derecho a la aplicación de los beneficios del convenio no basta con ser residente, sino que es necesario, además, cumplir alguna de esas cláusulas. La nueva LOB que prevé el Protocolo es una importante actualización de la que ahora prevé el convenio vigente, con el fin de ajustarla con la que se prevé en el modelo de convenio de EEUU de 2006 y otros CDI firmados por este mismo Estado.

El estudio de la nueva configuración de la cláusula desbordaría el objeto de este trabajo, pues el grado de sofisticación de la misma requeriría descender a un nivel de detalle que no se ajustaría a la finalidad de este trabajo. Ejemplo de ello es que la nueva LOB que prevé el Protocolo ocupa hasta diez páginas del documento publicado en la página web del Ministerio de Hacienda en la que se da noticia de su firma.

No obstante, sí hay dos aspectos relevantes que merece la pena aquí comentar. El primero es que dado el nivel de exigencia y sofisticación de estas

cláusulas, en muchos casos es probable que la única manera de acceder a los beneficios del CDI sea a través de la que se podría denominar “cláusula de buena fe”, que permite a aquellos sujetos que no cumplen ninguna cláusula que da acceso a los beneficios solicitar a la Administración tributaria del Estado de la fuente su aplicación, si acreditan que su presencia en el Estado de residencia no tiene como único fin obtener el acceso a los beneficios del CDI. Pues bien, aquí hay una novedad importante, pues se introduce un requisito procedimental esencial para garantizar la aplicación uniforme del CDI, como es que el Estado que actúa como Estado de la fuente recabe la opinión sobre la procedencia de aplicar o no los beneficios del convenio a ese sujeto a la Administración del Estado donde dicho sujeto reside. Eso supondrá, por ejem-

“Ni en el convenio vigente ni en el nuevo Protocolo se aclara si para reclamar al pagador la aplicación directa de los beneficios del CDI es necesario acreditar, además de la residencia fiscal, el cumplimiento de alguna de las LOB que da derecho a la aplicación de los beneficios del convenio”

plo, que EEUU tendrá que recabar la opinión de la Administración española y viceversa.

El segundo aspecto relevante de la nueva LOB es una cuestión que no está resuelta en el convenio vigente y para la que tampoco el Protocolo establece nada al respecto. Se trata de la aplicación en la práctica de los beneficios de los convenios a los no residentes. Cuando un sujeto paga una renta a un no residente tiene que retener, con carácter general, una cantidad aplicando el tipo de gravamen previsto en la legislación española. En muchas ocasiones, de acuerdo con el CDI correspondiente, el no residente no debería soportar impuesto alguno en la fuente o se establece un límite que es inferior al gravamen que se deriva conforme al Derecho interno. Cuando ello sucede, existen dos opciones. La primera es que el pagador retenga al tipo del Derecho interno y que luego el no residente pida a la Administración tributaria la devolución o que directamente el pagador no retenga o practique una retención inferior de conformidad con lo establecido en el convenio. Esta segunda modalidad precisa que el no residente acredite al pagador que el convenio es aplicable, cuestión que es de especial importancia, porque de no ser aplicable es muy probable que la Administración tributaria se dirija contra el retenedor para exigirle el impuesto dejado de recaudar.

Pues bien, ni en el convenio vigente ni en el nuevo Protocolo se aclara si para reclamar al pagador la aplicación directa de los beneficios del CDI es necesario acreditar, además de la residencia fiscal (en EEUU o en España, según el caso), el cumplimiento de alguna de las LOB que da derecho a la aplicación de los beneficios del convenio. En la práctica, parece que este segundo requisito no se está exigiendo, al menos desde la perspectiva española, esto es, cuando residentes en EEUU obtienen rentas en España, y lo único que se precisa es un certificado de residencia fiscal en EEUU expedido por la Administración de ese

país. Pues bien, aunque ello sea así en la práctica, sería muy útil que se estableciera algún tipo de disposición, que aclarara si el retenedor tiene algún tipo de responsabilidad cuando ha aplicado los beneficios del convenio y posteriormente se comprueba que el no residente no tenía derecho a ellos, precisamente porque no cumplía ninguna de las LOB. Se trata de una cuestión no resuelta, que sería conveniente que se aclarara no solo para este CDI sino también para el resto de convenios celebrados por España que contienen, si bien con un grado de sofisticación inferior, cláusulas de limitación de beneficios.

2.2. Régimen de tributación de las rentas

2.2.1. Dividendos y la imposición adicional sobre las sucursales (branch tax)

El Protocolo mantiene el límite general del convenio vigente en materia de dividendos. Eso supone que, en defecto de regla específica, los dividendos tributarán en la fuente como máximo a un 15% de su importe bruto. Donde están las novedades es en los supuestos especiales de tributación en la fuente. En este sentido, cuando el dividendo lo percibe una entidad que tiene una “participación significativa” en la entidad pagadora, el límite anterior se reduce del 15% al 5%. En el convenio vigente el tipo límite era superior pues ascendía al 10%. También es relevante que el Protocolo precisa solamente una participación del 10% –y no del 25% como el convenio vigente–, para que la participación se considere significativa a los efectos anteriormente descritos. Con todo, tanto en la normativa vigente como en el Protocolo sólo se computan las participaciones directas al efecto de determinar si la misma es no significativa.

Otra novedad relevante del Protocolo es que establece un supuesto en el que los dividendos estarán exentos completamente de imposición en la fuente, lo cual implica que solo tributarán en el

“Otra novedad relevante del Protocolo es que establece un supuesto en el que los dividendos estarán exentos completamente de imposición en la fuente, lo cual implica que solo tributarán en el Estado de residencia de su perceptor”

Estado de residencia de su perceptor. Los requisitos que tienen que concurrir son básicamente los siguientes. La entidad que percibe los dividendos debe de tener en la entidad pagadora un porcentaje de participación del 80% o superior, estableciéndose además un período de tenencia mínimo de dicha participación anterior a la fecha en que se determina el dividendo de 12 meses. Para determinar si se cumplen estos dos requisitos pueden computarse tanto las participaciones directas como las indirectas en la sociedad pagadora. Adicionalmente, el Protocolo exige a la entidad perceptora del dividendo una serie de requisitos relacionados con la compleja LOB que se recoge en el mismo, que se concreta básicamente a que tenga derecho a la aplicación de los beneficios del CDI en virtud de alguna de las siguientes cláusulas: la de cotización en bolsa, propiedad y erosión en la base (bien en su modalidad normal o también en la que se computan residentes en países de la Unión Europea o del Tratado de Libre Comercio de América del Norte) y de buena fe.

Finalmente, el Protocolo mantiene la posibilidad de que el Estado donde está situado el establecimiento permanente establezca un gravamen adicional sobre los beneficios del mismo cuando se “*repatrían o remiten*” a la casa central localizada en el otro Estado parte del convenio. La principal novedad aquí es que el límite al llamado *branch tax* se reduce del 10 al 5% y se establece la posibilidad de obtener una exención completa. Los requisitos de esta exención son similares a los vistos anteriormente en materia de dividendos.

2.2.2. Intereses y cánones

Respecto a estas dos clases de renta la principal novedad del convenio es que, con carácter general, se elimina la tributación en la fuente. Ello tiene especial importancia sobre todo en materia de cánones, habida cuenta de que hará desaparecer la litigiosidad importante que existía en este ámbito. En este sen-

tido, hay que destacar también que en materia de cánones no se establece ningún requisito de participación para que el perceptor disfrute de la exención en fuente, a diferencia de lo que sucede en el marco de la Unión Europea, que la exención en fuente solo es obligatoria para los Estados parte cuando la sociedad perceptora tiene una determinada participación en la entidad pagadora. Con el nuevo marco que introduce el Protocolo, los litigios en esta ámbito es probable que no versen sobre el concepto de canon, sino sobre otras cuestiones como son si el perceptor es el beneficiario efectivo del *royalty* o si la cantidad percibida excede o no el valor de mercado cuando la operación se plantea entre partes vinculadas. En estos casos, en cuanto el exceso, el Estado de la fuente no está limitado por lo que dispone el convenio.

Por lo que concierne a los intereses, hay que destacar que el convenio mantiene algunos supuestos en el que el Estado de la fuente tiene potestad de gravamen. Se prevén dos supuestos que afectarán realmente a determinados intereses percibidos por residentes en España procedentes de EEUU. El Protocolo se refiere a los intereses contingentes que no puedan considerarse intereses de cartera conforme a la normativa de EEUU y los intereses que constituyan un interés excedente correspondiente a una participación residual en un canal de inversión en valores respaldados por hipotecas sobre bienes inmuebles (REMIC).

2.2.3. Ganancias patrimoniales y otras rentas

La principal novedad del Protocolo en este punto es la eliminación de la posibilidad de que el Estado de la fuente grave la ganancia obtenida por un no residente derivada de la enajenación de una participación sustancial (25% o más) en una entidad residente en ese Estado. Con el convenio vigente, por ejemplo, la ganancia obtenida por una entidad de EEUU por la venta de una de sus filiales

en España, podía gravarse en España, sin que se estableciera ningún límite de imposición. Lo mismo ocurría a la inversa, esto es, cuando la ganancia derivada de una enajenación similar la obtenía en EEUU un residente en España.

El Protocolo en este punto prevé una modificación que acerca el convenio al régimen previsto por el modelo de convenio de la OCDE y, por lo tanto, las ganancias derivadas de la transmisión de participaciones en entidades residentes del otro país, cualquiera que sea el porcentaje de participación, sólo tributarán en el Estado de residencia del contribuyente.

No obstante, se propone en el Protocolo un supuesto en el que seguirá atribuyéndose al Estado de la fuente el derecho a gravar la ganancia, sin ningún tipo de limitación, supuesto que también contempla el modelo de la OCDE. Se trata de las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones u otros derechos que, directa o indirectamente, otorguen al propietario de las mismas el derecho al disfrute de bienes inmuebles situados en el otro Estado parte del convenio.

Finalmente, el Protocolo prevé la adición de un nuevo apartado para las rentas cubiertas por el art. 20 del convenio vigente: pensiones, anualidades, pensiones alimenticias y ayudas por hijos. El nuevo apartado quinto se refiere a las personas residentes en un Estado parte del CDI que son miembros, benefi-

“El límite al llamado ‘branch tax’ se reduce del 10 al 5% y se establece la posibilidad de obtener una exención completa”

“Otra de las novedades que introduce el Protocolo es la posibilidad de recurrir al arbitraje cuando un contribuyente solicita la resolución de un conflicto derivado de la aplicación del convenio a través del procedimiento amistoso y las Administraciones tributarias de EEUU y España no llegan a un acuerdo”

ciarios o partícipes de un fondo de pensiones residente en el otro Estado parte ese convenio. Se establece que para que las rentas procedentes del fondo de pensiones puedan integrarse en la base imponible de la persona física en el Estado donde reside es necesario que se paguen efectivamente a dicha persona, por lo que no cabrá tal integración en su base imponible cuando se trate de supuestos en que las cantidades aportadas se transfieran a otro fondo de pensiones de ese mismo Estado.

2.3. Arbitraje, mecanismos de cooperación entre las Administraciones tributarias y otras cuestiones

Otra de las novedades que introduce el Protocolo es la posibilidad de recurrir al arbitraje cuando un contribuyente solicita la resolución de un conflicto derivado de la aplicación del convenio a través del procedimiento amistoso y las Administraciones tributarias de EEUU y España no llegan a un acuerdo. Se trata de una novedad muy relevante, pues el procedimiento amistoso, tal y como estaba regulado, no preveía ninguna alternativa cuando dichas Administraciones no llegaban a un acuerdo. Con ello este convenio se actualiza para adaptarlo al modelo de convenio de la OCDE, en el que se introduce el mecanismo del arbitraje en el marco del procedimiento amistoso. A tal efecto se contempla la introducción de dos apartados nuevos. El primero es el nuevo apartado 5º del art. 26 del convenio vigente, que es donde se regula el procedimiento amistoso y, el segundo, es el nuevo apartado 21º del Protocolo del convenio vigente. En ambos preceptos se regula de forma detallada cuándo procede recurrir al arbitraje y todos los pormenores sobre su

tramitación y ejecución de la decisión a la que se llegue.

Por otro lado, el Protocolo, basándose en el modelo de convenio de la OCDE, modifica el art. 27 del convenio ampliando y reforzando los mecanismos de intercambio de información y asistencia administrativa entre las Administraciones tributarias de EEUU y España. En este ámbito, además de las modificaciones que introduce el Protocolo, cabe destacar que España ha firmado la Declaración Conjunta relativa a un planteamiento intergubernamental para mejorar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y aplicar la Foreign Account Tax Compliance Act –FATCA– (Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras). Como es sabido, esta norma estadounidense se aprobó en marzo de 2010 y en ella se establece que las instituciones financieras y otros intermediarios extranjeros deben informar directamente a la Administración tributaria americana sobre las cuentas de ciudadanos norteamericanos en el extranjero. La finalidad del acuerdo intergubernamental referido es que la información requerida por la Administración tributaria de EEUU se suministre a través de las Administraciones tributarias de los países correspondientes y no directamente por dichas entidades financieras.

Finalmente cabe destacar que el convenio vigente con EEUU no es aplicable a Puerto Rico. El Protocolo no extiende la aplicación del convenio a dicho territorio, pero sí prevé en el Memorando de Entendimiento que los Estados parte del convenio se comprometen a iniciar conversaciones tan pronto como sea posible respecto a la celebración de un acuerdo específico para evitar la doble imposición en las inversiones entre Puerto Rico y España. ■

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

Más sobre autos, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

Pedro Narciso Menchen Herreros

Abogado del Estado

1) En el pasado número de la Revista comentaba un auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictado en ejecución de una sentencia sobre justiprecio, correspondiente a una expropiación en la autopista radial “Madrid-Sur”, construida y explotada en régimen de concesión, y en la que la concesionaria –beneficiaria de la expropiación– se encontraba en situación de concurso. El auto declara la responsabilidad patrimonial directa de la Administración, y la condena a pagar al expropiado en justiprecio fijado en la sentencia, cuando la obligada al pago, en aplicación de la legislación específica de expropiación forzosa, no cuestionada hasta el momento, era la concesionaria/beneficiaria.

2) La razón de este nuevo comentario, –la serie no continuará– es que la misma tesis se mantiene en el Auto de 16 de abril de 2013, dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en una situación similar: las expropiaciones de la concesión de la autopista Madrid-Toledo, en que la concesionaria también se encuentra en situación concursal. Pero en esta ocasión, la resolución judicial está fundamentada tanto en el auto del TSJ de Madrid, como en la doctrina de la propia Sala, recogida en sus sentencias de 11 y 12 de febrero de 2.013.

La tesis del Auto es la misma: declara la responsabilidad directa de Administración y la condena al pago del justiprecio, en trámite de ejecución de la sentencia en que éste se fija, eximiendo de ello a la concesionaria, beneficiaria de la expropiación, cuando no ha existido controversia respecto de dicha responsabilidad, pero soportada en razonamientos de una aparente mayor enjundia jurídica.

3) Las referidas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Albacete argumentan como piedra angular de su tesis que el artículo 133.3 de la Constitución

contiene una “garantía constitucional” del derecho de propiedad frente a la expropiación de la misma, de cuyo contenido esencial formaría parte la obligación directa de la Administración pública de hacer frente al pago del justiprecio, en el marco de su responsabilidad patrimonial, cuando al existir cualquier tipo de riesgo o incertidumbre de pago, – como en caso de concurso de la beneficiaria ocurre– ésta no pueda hacer frente al pago del justiprecio; obligación que puede declararse judicialmente en cualquier momento del proceso de fijación del justiprecio, en este caso, en ejecución de sentencia. Dicho de otra forma: el cobro del justiprecio por el expropiado es un derecho constitucional frente a la Administración, que se hace presente de forma fulminante al manifestarse cualquier circunstancia que afecte al beneficiario de la expropiación y genere duda respecto al pago del justiprecio que le corresponde.

Además de este argumento sustancial, las sentencias encuentran otros varios argumentos –hasta diez– de muy variada estructura y consistencia para fundamentar su tesis, de las que, en este breve comentario sólo cabe decir que, con todos respetos, no se compardecen, con las reflexiones que, a continuación, y sólo en una breve exégesis, se exponen.

4) Decía Wittgenstein, refiriéndose a la conceptos filosóficos, que el problema filosófico consiste en el desorden que reina entre los conceptos y la forma de resolverlo no puede ser otra que la de ponerlos en orden. Entiendo que no estaría por demás, siguiendo el consejo del filósofo, poner en orden algunos conceptos jurídicos que afectan al supuesto que se comenta, máxime cuando instituciones jurídicas diferentes, como las que se mezclan en estas resoluciones, responden a principios generales del Derecho diversos, que al cristalizar en cada una de ellos configuran su sentido y su perfil jurídico. Me atrevo, muy a vuela pluma, a intentar ordenarlos.

“El pago del precio por el beneficiario impropio es una obligación impuesta tanto legal como contractualmente de manera clara, y de la que tiene innegable conocimiento el expropiado en el proceso de determinación del justiprecio”

El artículo 33.3 de la Constitución eleva a rango constitucional la prohibición de ser privado de un bien o derecho, si no es por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

El contenido esencial de la garantía constitucional que en favor de la propiedad establece el precepto frente a la posibilidad de su expropiación, es doble: a) una causa justificada de utilidad pública o interés social, y) la correspondiente indemnización, concepto éste que incluye el valor del bien expropiado, de los daños y perjuicios producidos, y de la afeción o coste moral por la privación impuesta, por ese apego de la persona respecto a sus bienes.

La norma constitucional tiene referencia expresa a la legalidad ordinaria reguladora de la institución expropiatoria, que constituye una figura jurídica con sustantividad propia. Y ello forma parte también del contenido esencial del precepto constitucional: la expropiación forzosa se rige en el marco de esta garantía, por lo dispuesto en las leyes específicas que la regulan.

Una interpretación según la cual se extiende la garantía constitucional que tiene por finalidad garantizar la propiedad privada contra el expolio –o sea, contra la privación sin justificación ni precio– a la obligación del pago directo por la Administración en el supuesto de que se ha expropiado para un beneficiario en cuyo beneficio –la calificación no puede ser más precisa– se produce, cuando éste no puede hacer frente al justiprecio o existe riesgo de que no pueda hacerlo, implica un formidable salto hermenéutico con el riesgo de encontrar el vacío en la otra orilla, y sin conexión ni con la normativa reguladora de la expropiación forzosa, ni con la que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración. El resultado final del salto puede desembocar en el desorden de la estructura jurídica de estas instituciones; en la pérdida de su finalidad y su fundamento.

A este respecto cabe destacar que ya la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 26 de diciembre de 1.954, hace referencia, como antecedente que le sirve de soporte constitucional, al artículo 10 de la Constitución de 1876, redactado en los mismos términos que el actual artículo 33.3 –“*nadie podrá ser privado de su propiedad, sino por autoridad competente y por causa justificada de autoridad pública, previa siempre la correspondiente indemnización*”– y en el desarrollo de las leyes posteriores nunca se ha cuestionado la validez de la figura del beneficiario distinto de la Administración, obligado al pago del justiprecio.

Una jurisprudencia de intereses –privados frente a públicos–, de conceptos jurídicos, o de problemas –no cabe duda de que en el presente caso el TSJ de Castilla-La Mancha se enfrenta a una nueva situación problemática– que, asumiendo una dimensión creadora del derecho, pretenda atemperar éste a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas –artículo 3.1 del Código Civil– debe salvaguardar instituciones básicas arraigadas jurídica y socialmente y que son reflejo activo de principios generales del derecho tradicionalmente consagrados, so pena de traspasar la línea roja del principio constitucional de seguridad jurídica, muy necesitado de salvaguarda en unos tiempos en que el principio de incertidumbre, desde que lo constatará Heisenberg como un fenómeno de la física cuántica, ha ido ganando espacios en las ciencias sociales, pero que debe mantenerse en lo posible al margen de la regulación de las relaciones sociales, para la que, durante siglos, se lleva haciendo un esfuerzo de certidumbre como soporte de su seguridad.

5) El beneficiario, como tercera persona distinta de la Administración expropiante, es una figura introducida en el ordenamiento jurídico por la citada ley de expropiación forzosa, que ha adquirido carta de naturaleza generalizada en la práctica.

Sin extendernos demasiado en su esencia, hay que señalar que la figura del beneficiario propio, es decir, quien adquiere la propiedad del bien o derecho expropiado y, en consecuencia, ha de pagar el precio del mismo, viene claramente precisada en la norma: artículos 2.2. de la LEF y 4, 5.2.5º y 58 de su Reglamento. Junto a esa figura del beneficiario propio, –existe la del beneficiario impropio– el artículo 2 de la Ley aborda el concepto de beneficiario concesionario, al que se reconoce legalmente esta condición; el cual, como sucede en el caso de la Ley de Carreteras, puede no adquirir la propiedad de los bienes expropiados, ya que éstos pasan a ser de dominio público, pero si los derechos necesarios para explotar la concesión durante el tiempo fijado en la misma, a cambio de lo cual ha de satisfacer el justiprecio de los mismos en los términos establecidos en el contrato concesional.

Esta figura ha tenido y sigue teniendo una positiva incidencia en la colaboración de la iniciativa privada en la mejora de los servicios de interés general. La técnica de atraer a la iniciativa privada para que, en colaboración con la Administración, concurra a la mejora servicios de interés general, se ha aplicado en muy diferentes sectores en que dicho interés está presente y, de una manera paradigmática, en el sector de las autopistas de peaje. Y en ello, la aplicación del referido concepto de beneficiario impropio, quien, a pesar de no adquirir la propiedad del suelo por pasar éste a ser de dominio público, se beneficia de una declaración de interés general que posibilita la expropiación de terrenos privados para su construcción, y la explotación del servicio durante el tiempo necesario para garantizar la rentabilidad de la inversión, a cambio de determinadas obligaciones, en especial, el pago del justiprecio de la expropiación y el control de las tarifas de peaje.

El pago del precio por el beneficiario impropio es una obligación impuesta tanto legal como contractualmente de

manera clara, y de la que tiene innegable conocimiento el expropiado en el proceso de determinación del justiprecio.

6) En este orden de conceptos, tampoco parece excesivamente sólida la decisión de excluir del principio "*par conditio creditorum*", en que se fundamenta el concurso, los créditos dimanantes de la expropiación en perjuicio del resto de los acreedores así como de la ley orgánica –en cuanto afecta a derechos fundamentales de las personas– que lo regula.

La expropiación es una institución –a pesar de que ello se ponga en tela de juicio– enmarcada en los modos de transmitir y adquirir la propiedad recogidos en los artículos 609 y siguientes del Código civil. Es una transmisión obligada del dominio que se impone al propietario por razón de interés público o utilidad social. Es una venta forzosa. Como tal se considera en el artículo 1.456 del Código Civil, al regular el contrato de compra y venta, remitiéndose para su regulación a sus leyes especiales. Y así se entiende en el artículo 133 de la Constitución, al establecer las garantías constitucionales del derecho de propiedad. Se quiere decir que si como resultado de una enajenación forzosa surge para el expropiado un derecho de crédito al cobro del justiprecio y este cobro se demora por no fijarse de común acuerdo en los términos legalmente previstos –el expropiado tiene evidentemente derecho a impugnarlo– no resulta comprensible que dicho crédito –en principio afectado por la decisión concursal–,

pueda convertirse en un crédito excluido de concurso sin base legal y no por el Juez concursal competente, sino por un Tribunal que carece de jurisdicción al respecto. ¿Qué diferencia existe con el acreedor que hubiera vendido voluntariamente su finca al concursado y que tuviera pendiente un crédito por la parte del precio no satisfecha cuando se declara el concurso? ¿Desaparecerá el concurso una vez extraídos de su ámbito los créditos de los expropiados frente a la beneficiaria concursada? Muchas preguntas de difícil contestación dimanan de esta nueva situación jurídica.

El derecho regula situaciones jurídicas que en alguno de los sectores a que afectan tiene un esencial contenido económico. La profunda crisis por la que atraviesa la economía ha afectado, sin duda, al contrato concesional –las previsiones de tráfico en que este se fundamentaba han quedado pulverizadas– y, desde luego, cabría entender que esta alteración básica ha incidido en la causa del contrato, en el principio "*rebus sic stantibus*". Pero esta es otra cuestión. Lo que aquí interesa destacar es que el derecho dispone de una serie de principios informadores que posibilitan la aplicación de criterios lógicos con que hacer frente a los problemas que se suscitan en la vida de las instituciones si alteran los criterios básicos que constituyen su razón de ser.

7) Por fin, sin entrar en otras cuestiones que también suscita esta jurisprudencia, puesto que no se trata sino de un

comentario somero de las mismas, hay que insistir, en una idea, que no por última, secundaria, ya expuesta en el comentario anterior: no hay derecho sin proceso. Y no hay proceso sin pretensión. Y no hay sentencia sin contradicción de pretensiones.

Las sentencias que comentamos intentan obviar esta objeción señalando que, en algún momento del proceso, el Abogado del Estado planteó indirectamente el problema y en que resultaría innecesario –¿economía procesal?– iniciar un nuevo procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial a la Administración. Pero la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración se inicia ya en la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1.957, casi al unísono con el nuevo marco expropiatorio, como institución totalmente autónoma y así ha seguido hasta la actualidad; los principios que rigen ambas instituciones responden a exigencias diferentes; su tramitación administrativa es distinta: los requisitos específicos para su reconocimiento, que han sido reiteradísimamente fijados por la Jurisprudencia, como correspondientes a respuestas jurídicas a problemas diversos, en nada se parecen.

En definitiva, aquí sí que nos encontramos ante un problema de trascendencia constitucional en el marco de la tutela judicial efectiva, que las sentencias que comentamos tratan de salvar con un mezcla de razones que, a nuestro entender, y con todos los respetos, sólo desorden jurídico generan. ■

*“No hay derecho sin proceso. Y no hay proceso sin pretensión.
Y no hay sentencia sin contradicción de pretensiones”*

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

Las entidades bancarias, la Administración y los órganos judiciales

Referencia a las dificultades para
exigir responsabilidad a la Administración

Rosa María Marín Álvarez

Secretaria judicial

“Bajo el paraguas de la relación de confianza con los clientes y sin que los mecanismos de control previo resultaran suficientes o adecuados, o aprovechándose de la poca operatividad de los existentes, algunas instituciones bancarias comercializaron productos sin dar a los clientes la información necesaria para que supieran lo que estaban adquiriendo y el nivel de riesgo que existía con dichas adquisiciones”

Aunque hablar al mismo tiempo de entidades bancarias, Administración y órganos judiciales resulta complicado, pues se trata de instituciones muy dispares, dedicadas a actividades diferentes, lo cierto es que entre ellas existe un importante nexo de unión que los órganos judiciales terminan padeciendo en el ejercicio de las funciones que como aplicadores del ordenamiento jurídico les corresponde y con el fin de restablecer el equilibrio y la justicia.

Efectivamente, las entidades financieras de nuestro país han realizado en los últimos años algunas operaciones que, sin perjuicio de la calificación que en el seno de los distintos procedimientos que se encuentran en trámite o se vayan a iniciar realicen los que deben hacerlo, es decir, los Jueces y Tribunales, son operaciones que adolecen de una importante falta de transparencia y quiebran la relación de confianza existente entre los clientes, consumidores en este caso, y la entidad de que se trata.

Y aquí es donde la Administración interviene, o mejor dicho debería haber intervenido en un momento anterior a aquel en el que las operaciones llegaron a su perfeccionamiento, con el fin de evitar que esa transparencia exigible por imperativo legal se viera ignorada y que en base a la confianza depositada a lo largo de muchos años por los clientes en las entidades bancarias, permitiera a las mismas ofrecer determinados productos a través de informaciones parciales, inadecuadas, y en ocasiones todavía no aprobadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Si atendemos a los resultados obtenidos en el último año, y el elevado número de procedimientos en trámite en los diversos órganos judiciales, la realidad nos muestra que los mecanismos con los que cuenta la Administración resultan insuficientes para controlar previamente esa actividad de los Bancos en relación con las operaciones destinadas a colocar productos a los clientes de sus entidades. Si por el contrario se mantie-

ne que esos mecanismos son en teoría suficientes, en la práctica, y en estos casos concretos, hay que concluir que han sido manifiesta y defectuosamente aplicados.

Como consecuencia de ello terminan siendo los Tribunales de justicia, ya de por sí sobrecargados de trabajo como es conocido por todos los ciudadanos, los últimos destinatarios de los conflictos que por esta insuficiencia o defectuosa aplicación de los mecanismos de control surgen, puesto que la Administración de oficio y como hemos visto hasta ahora, no corrige la situación, una vez que se ha producido, e incluso en algunos casos ignora la misma hasta que los medios de comunicación se hacen eco de forma insistente y las diversas plataformas de afectados se convierten en interlocutores a tener en cuenta.

En definitiva a los Juzgados y Tribunales llega ya el problema planteado, y en principio la responsabilidad de la Administración por su dejación de funciones de control queda fuera de ese entramado, sin perjuicio de que a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, con la lentitud que esta vía conlleva por el cúmulo de trabajo que sobre este orden jurisdiccional pesa en la actualidad, y con el procedimiento concreto de responsabilidad se le puedan exigir.

Aunque en la mente de todos se encuentra el supuesto más conocido, el de Bankia y las preferentes, que tanta repercusión mediática ha tenido y a la que todavía no se le ha encontrado una solución que no pase por tocar el bolsillo de todos los ciudadanos para atender a la falta de adecuación de las instituciones de control para evitar que estas cosas ocurran, o incluso la posible dejación de funciones de los organismos encargados de ello, para ejercitar de forma eficiente y eficaz dicho control previo, es necesario recordar que no es el único caso, aunque hasta el momento si parece ser el único al que la Administración va a hacer frente.

Es preciso destacar otros supuestos menos conocidos, pero no por ello me-

nos dignos de atención. Ejemplos hay muchos, pues bajo el paraguas de la relación de confianza con los clientes y sin que los mecanismos de control previo resultaran suficientes o adecuados, o aprovechándose de la poca operatividad de los existentes, algunas instituciones bancarias comercializaron productos sin dar a los clientes la información necesaria para que supieran lo que estaban adquiriendo y el nivel de riesgo que existía con dichas adquisiciones.

Esta práctica de ofrecer lo que no se sabe exactamente que va a ser, y que al parecer no tiene control por parte de las instituciones encargadas de ello, unido a una información incorrecta dada por la entidad con la que el cliente tiene una relación de confianza, fructifica en un primer momento en la reserva y luego en la adquisición de un producto que conlleva un riesgo muy elevado, hasta tal punto que si el cliente hubiera conocido dicho riesgo, sin duda en la mayoría de los casos y atendida la trayectoria relativa a la asunción de riesgos financieros, no habría asumido.

Producida la situación, es aquí donde entra en juego la intervención de los Juzgados y Tribunales, cuando ya la enfermedad ha matado al paciente, en lugar de haber utilizado los mecanismos preventivos adecuados para evitar que estas situaciones patológicas se produzcan y originen estas consecuencias indeseables para la vida en común, que nos hacen pensar en una Administración cuyas instituciones de control se revelan insuficientes, o bien porque están mal diseñados los controles, o bien porque estos se ejercen inadecuadamente.

Por ello, y después de agotar los deseables escalones previos, para evitar acudir a los tribunales de justicia, concretados en la reclamación al Defensor del cliente y la dirigida a la CNMV, son aquellos los que deben entrar a conocer del asunto. Como en otros casos, la situación finaliza residenciada en una Administración de Justicia a la que se carga exageradamente de asuntos para deshacer los entuertos de cuestiones

que quedan residenciadas entre particulares (bancos y clientes), sin perjuicio de la posible responsabilidad en que haya incurrido la Administración por haber hecho mal los deberes que tiene encomendados, y que también se le podrá exigir en vía jurisdiccional, cargando nuevamente sobre una Justicia precaria, en lo que a medios se refiere, que no respecto a su calidad, el restablecimiento del equilibrio que una buena administración de justicia persigue.

En definitiva, la reflexión llega con facilidad, si las instituciones y mecanismos de control de las entidades financieras y bancarias funcionaran adecuadamente, los asuntos que tendrían que solventarse en el seno de los procedimientos judiciales, por conflicto entre las partes en supuestos tan destacados, aunque no únicos, como las conocidas actualmente como preferentes de Bankia, las preferentes de Lehman Brothers o los Valores Santander emitidos en el año 2007, serían pocos, pues si la falta de la adecuada información a los clientes, o el ofrecimiento de productos antes de que estén debidamente comercializados y con todas las bendiciones precisas para garantizar la seguridad jurídica, estuviera controlada previamente y estas conductas debidamente sancionadas en vía administrativa, no se producirían situaciones como las descritas que obligan a los particulares a acudir a los Tribunales de Justicia buscando el amparo de sus derechos vulnerados por los que simplemente son más fuertes, aunque no por ello más dotados de la verdad.

A esta conclusión llegan ya numerosas sentencias, en especial las relativas a operaciones entendidas entre las entidades financieras y minoristas, recordando conceptos básicos y relevantes, tales como la necesidad de que para que exista un contrato es preciso que exista consentimiento de los contratantes, el cual se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, lo que implica el perfecto entendimiento del aceptante sobre la ofer-

ta que se le hace (consiente la oferta con las obligaciones inherentes), destacando que el consentimiento es por tanto un elemento esencial y su ausencia determina la nulidad del contrato, con diversas referencias a la existencia de error cuando a la parte se le representa la realidad del contrato de forma equivocada produciendo efectos cuando es esencial (recae sobre la cualidad que determinó la celebración del contrato) y excusable (que no haya podido ser evitado mediante el empleo de la diligencia media).

Son ya numerosísimas las sentencias dictadas en diversas instancias condenando a los bancos y cajas a devolver el importe de la inversión a los clientes. Así, entre los años 2004 y 2012 y a título de ejemplo se pueden destacar la sentencia de 14 de octubre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia a Amposta, la de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de enero de 2010 que analiza el derecho a la información del sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria, la Sentencia de 15

“Si las instituciones y mecanismos de control de las entidades financieras y bancarias funcionaran adecuadamente, los asuntos que tendrían que solventarse en el seno de los procedimientos judiciales serían pocos”

“Aunque el camino sea largo y complicado, la existencia de Jueces y Tribunales independientes supone una garantía de justicia, al poder acudir a los mismos no solo para resolver los conflictos entre partes privadas sino para controlar la actuación de la Administración a través de los órganos contencioso-administrativos, a los que van llegando estas cuestiones para exigir la responsabilidad necesaria”

de octubre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Palma de Mallorca que condena a Caja Madrid por falta de información de los riesgos del producto al cliente, la Sentencia de 9 de septiembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Zaragoza por mala práctica del Deutsch Bank al no dar al suscriptor la información previa del producto por escrito, La Sentencia de 30 de junio de 2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Barcelona que condena a Bankinter por ocultación de datos esenciales sobre los productos, la Sentencia de 19 de noviembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao que condenando al Banco Espirito Santo, destaca la falta de información veraz y clara sobre el producto, la Sentencia de 1 de abril de 2011 de la Audiencia Provincial de Murcia que refiere la falta de advertencia al cliente de que el producto tenía un alto riesgo, la Sentencia de 16 de septiembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Zaragoza que refleja la falta de información correcta del riesgo elevado y de la complejidad de la inversión por parte del Banco Popular, la Sentencia de 15 de diciembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Palma de Mallorca que afecta a la Caja de Baleares Sa Nostra, en relación con la falta de información exacta del producto, la sentencia de 4 de abril de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Barcelona por recomendación de producto inadecuado al perfil del inversor y falta de información de las características y de los riesgos del producto por Bankpyme, la Sentencia de 12 de abril de 2012 del Juzgado nº 3 de Tenerife, por información deficiente al cliente por parte del Banco de Santander, la Sentencia de 17 de abril de 2012 de la Audiencia Provincial de Zaragoza que condena al Banco Popular, en base a la inadecuación del producto al perfil conservador del cliente, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alicante de 5 de marzo de 2012 en re-

lación con el incumplimiento de la obligación de información por el Banco de Santander que originó que el actor no tuviera un conocimiento adecuado del producto contratado incurriendo en un error, que debía comportar la anulación del contrato, la Sentencia de 13 de junio de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Valencia por falta de información adecuada de los riesgos del producto, en relación con la operación realizada con BNP Paribas, y la sentencia de 10 de julio de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cambados al entender que la complejidad del producto incrementa la obligación exigible a Novagalicia sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión.

Aunque el camino sea largo y complicado, especialmente tras la aprobación de la discutida Ley de Tasas que hace mucho más difícil el acceso a la tutela judicial para el ciudadano medio, la existencia de Jueces y Tribunales independientes supone una garantía de justicia, al poder acudir a los mismos no solo para resolver los conflictos entre partes privadas, como es el caso descrito, sino para controlar la actuación de la Administración a través de los órganos contencioso-administrativos, a los que van llegando estas cuestiones para exigir la responsabilidad necesaria, y ello porque la Administración, cuya actuación está sujeta al interés general, no queda sustraída al control de los Tribunales.

Cosa diferente es que los medios con que cuentan los órganos jurisdiccionales sean insuficientes para que ese control se realice de forma ágil, lo que nos lleva a reflexionar si el mal permanente de la justicia de su falta de medios, no supone una huida del derecho administrativo por parte de la Administración, no ya tanto como un mecanismo de sustracción a dicho control, pues esto resultaría impensable según se encuentra configurado nuestro ordenamiento jurídico, pero sí pudiera entenderse como un mecanismo de dilación. ■