

34

2024

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

RDUNED

REVISTA DE DERECHO UNED

UNED



© UNIVERSIDAD NACIONAL
DE EDUCACIÓN A DISTANCIA - MADRID, 2024

Título clave: RDUNED. Revista de Derecho UNED
Título abreviado: RDUNED

ISSN: 1886-9912

Impreso en España - Printed in Spain
Maquetación e impresión: Masquelibros



DIRECCIÓN

Dra. Ana Loreto Mohino Manrique, Decana de la Facultad de Derecho UNED

COORDINACIÓN

D. Jordi Gimeno Beviá, Vicedecano de Investigación e Internacionalización UNED

ÓRGANOS DE LA REVISTA

Consejo Asesor

Jorge Montes Salguero, UNED
Fátima Yañez Vivero, UNED
Pedro Herrera Molina, UNED
Icía Alzaga Ruiz, UNED
Mónica Guzmán Zapater, UNED
Pedro Tamayo Lorenzo, UNED
Pedro Tenorio Sánchez, UNED
Federico Fernández de Buján, UNED
Ana M^a Marcos del Cano, UNED
Alicia Arroyo Aparicio, UNED
Sonia Calaza López, UNED
Juan José Montero Pascual, UNED
Juan M. Goig Martínez, UNED
M^a José Ciaurriz Labiano, UNED
Carmen Quesada Alcalá, UNED
Sagrario Segado Sánchez-Cabezudo, UNED
Remedios Morán Martín, UNED
Alicia Gil Gil, UNED

Consejo de Redacción

Fernando Carbajo Cascón, Catedrático de D. Mercantil, Univ. de Salamanca
Fernando de la Cámara García, Notario
Carmen Díez del Valle, Abogada del Estado
Pilar Martín Aresti, Catedrática de D. Mercantil, Univ. de Salamanca
Claudio Monteiro, Magistrado del Tribunal Const. Portugués.
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa
Beatriz Martínez Rodríguez, Magistrada
Fernando Reinoso Barbero, Abogado
Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Catedrático de Derecho Penal, UCM

PRESENTACIÓN

REVISTA DE DERECHO DE LA UNED

La Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), plataforma abierta a las inquietudes intelectuales de profesores e investigadores del mundo del Derecho, contiene trabajos de investigación de todas las especialidades del ordenamiento jurídico. Se fundó en el año 2006 y constituyó la continuación del antiguo Boletín de la Facultad de Derecho, si bien desde el momento de su creación o fundación partimos con parámetros de calidad muy exigentes, razón por la que se encuentra *indexada*, tiene la mayor parte de los criterios *LATINDEX* cumplidos y se encuentra clasificada en el Grupo B en la muy prestigiosa base de datos CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas). Cuenta con la existencia de un Consejo Asesor externo y un Consejo de Redacción (con apertura externa). Todos los artículos recibidos son revisados por evaluadores externos mediante un proceso de evaluación independiente e imparcial, y todos ellos cuentan por supuesto con requisitos formales como un *abstract*, un *resumen*, *key words* y *palabras claves*, entre otros.

La revista está distribuida por capítulos. Un primer capítulo está destinado a los trabajos de investigación más extensos, donde publican profesores de la Facultad de Derecho de la UNED, así como profesores de otras Facultades y Universidades. También publican profesionales de otras ramas del ordenamiento jurídico, como notarios, jueces, magistrados, abogados del Estado, registradores de la propiedad, etc.

Un segundo capítulo está destinado a la que denominamos Sección Abierta donde tienen cabida estudios científicos más cortos, noticias de actualidad, comentarios jurisprudenciales, y avances legislativos.

Y por último una sección destinada a la crítica de libros. En esta sección se publican reseñas sobre libros de especial interés para la comunidad científica.

Terminamos simplemente mostrando nuestro agradecimiento a todos los profesores e investigadores que tienen la amabilidad de publicar en nuestras páginas. El nivel de calidad y excelencia alcanzado por la Revista se debe exclusivamente a ellos, y a ellos también debe-

mos agradecer poder contar con un espacio cuya humilde pretensión es fomentar e incentivar la investigación en nuestra Facultad, elemento indispensable de toda comunidad universitaria.

ANA LORETO MOHINO MANRIQUE

Directora de la Revista de Derecho de la UNED

Decana de la Facultad de Derecho de la UNED

JORDI GIMENO BEVIÁ

Coordinador de la Revista de Derecho de la UNED

Vicedecano de Investigación e Internacionalización

de la Facultad de Derecho de la UNED



UNED



ÍNDICE

Págs.

ESTUDIOS

ALONSO NAYA, Carlos: El régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. <i>The liability regime of the trustees of foundations</i>	15
AYALA DE LA TORRE, José María: Autoría y participación en el delito de persona jurídica. <i>Authorship and participation in the criminal liability of a legal entity</i>	45
CHIARIZIA, Angelo: La agencia Europea de fronteras y costas: Piedra angular del control de las fronteras exteriores Europeas. <i>The European border and coast guard agency: cornerstone of the European external border control</i>	57
DELGADO SANTOS, Clara Isabel: El derecho a entender y ser entendida de personas con discapacidad que se comunican con productos de apoyo: estudio sobre el papel del experto facilitador. <i>The right to understand and be understood of persons with disabilities who communicate through assistive products: study on the role of the expert facilitator</i>	93
FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, Carlos Rubén: El agua y el Gobierno de los Comunes. <i>Water and Government of the Common</i>	125

HERNÁNDEZ SERNA, Miguel: La legitimación procesal del «último hombre en pie» como nota característica de los derechos fundamentales.	
<i>The «last man standing» theory and the definition of fundamental rights</i>	155
HINOJAL AGUADO, Diego: Los oscuros orígenes de la policía en España. Los últimos días del absolutismo.	
<i>The dark origins of the police in Spain. The last days of absolutism</i>	193
PIVA, Francesco: Sobre el carácter distintivo de la forma de un producto cosmético de naturaleza tridimensional. Repercusiones en el contexto del registro del signo como marca (Comentario a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 14 de julio de 2021 en el asunto T-488/20 Guerlain).	
<i>The distinctive character of the shape of a three-dimensional cosmetic product. Implications in the context of the registration of the sign as a trade mark (Commentary to the judgment of the General Court of the European Union of 14 July 2021 in Case T-488/20 Guerlain)</i>	213

SECCIÓN ABIERTA

BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: La validez de la transparencia «extensiva» pero «avanzada» de la comisión de apertura y la abusividad estructural «intermedia» de la comisión «transparente extensiva avanzada» pero «desleal e inequitativa».	
<i>«The validity of the “extensive” but advanced transparency of the arrangement fee and The “intermediate” structural abuse of the “transparent, extensive, advanced” but “unfair and inequitable” fee»</i>	239

RESEÑAS

REINOSO-BARBERO, Fernando: <i>Obituarium Burilli (1934 - 2024)</i>	313
--	-----

ESTUDIOS

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS DE LAS FUNDACIONES

THE LIABILITY REGIME OF THE TRUSTEES OF FOUNDATIONS

CARLOS ALONSO NAYA

Jurista. Colegiado en el Real e Ilustre Colegio de Abogados
de Zaragoza

Sumario: *I. Introducción. II. El patronato. II.A. Consideraciones generales. II.B. Actuación y funcionamiento del Patronato. II.C. Requisitos para ser patrono. II.D. Sustitución, cese y suspensión de los patronos. II.E. La gratuidad del cargo de patrono. II.E.1. Derecho al reembolso de gastos debidamente justificados. II.E.2. Retribución a los patronos por la prestación de servicios. La autocontratación. III. La responsabilidad de los patronos. III.A. Los deberes de diligencia y lealtad. III.A.1. El deber de diligencia. III.A.2. El deber de lealtad. III.B. Naturaleza y ámbito de la responsabilidad. IV. Supuestos de responsabilidad. IV.A. La responsabilidad de los patronos frente a la fundación. IV.A.1. Presupuestos de responsabilidad. IV.A.2. Legitimación activa. IV.A.3. Efectos de la responsabilidad. IV.B. Casos de responsabilidad de los patronos frente al Protectorado. IV.B.1. Actos realizados sin autorización previa o comunicación posterior. IV.B.2. Incumplimiento del deber de inscripción. IV.C. La eventual responsabilidad de los patronos frente a terceros. V. Conclusiones. Anexo. Bibliografía*

Resumen: Este trabajo indaga sobre la responsabilidad de los patronos de las fundaciones en el ejercicio de su cargo, es decir, la que pudiera dimanar por las decisiones y acuerdos que adoptan dentro del órgano de gestión y representación de las fundaciones, el Patronato. Describe, en primer lugar, las características del órgano, los deberes de diligencia y lealtad que los patronos deben cumplir y la

naturaleza jurídica y el ámbito de una eventual responsabilidad. Por último, analiza los supuestos de responsabilidad bajo el criterio de frente a quién puede producirse: la propia fundación, el Protectorado de Fundaciones o terceros afectados por sus decisiones.

Palabras clave: fundaciones, patronato, Protectorado de Fundaciones, patronos, responsabilidad civil.

Abstract: This paper investigates the liability of the trustees of foundations in the exercise of their office, i.e., that which may arise from the decisions and agreements they adopt within the management and representation of the foundations, the board of trustees. It describes, firstly, the characteristics of the board, the duties of diligence and loyalty that the trustees must fulfill and the legal nature and scope of a possible liability. Finally, it analyzes the assumptions of liability under the criterion of against whom it may occur: the foundation itself, the Protectorado de Fundaciones or third parties affected by its decisions.

Key words: foundations, board of trustees, Protectorado de Fundaciones, trustees, civil liability.

I. INTRODUCCIÓN

En su definición tradicional, una Fundación es un patrimonio con personalidad jurídica destinado a un fin de interés general. Así, dispone de 3 elementos: patrimonio (suficiente y adecuado), personalidad jurídica (organización) y destino (interés general).

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF) da más peso al elemento organizacional que al patrimonial: son Fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Ya no se trata únicamente de un patrimonio destinado a una finalidad, sino una organización con el potencial de obtener los medios económicos para el cumplimiento de un fin. Como dice Serrano¹, «las fundaciones son un exponente de la madurez de un país pues el sector privado asume responsabilidades sociales en beneficio del común».

Con la Constitución Española se superó la exigencia de la legislación anterior de que el fin fundacional fuese estrictamente benéfico,

¹ Visto en OREJAS CASAS, J. A. (2019). Buen gobierno y responsabilidad de los patronos en las Fundaciones. Actualidad Civil, nº 1.

su artículo 34 «reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley». Desde ese momento, las Fundaciones pudieron dejar atrás el ser un patrimonio estático gestionado para realizar actividades de corte benéfico, para convertirse auténticos actores económicos y sociales, organizaciones que operan en el tráfico jurídico para alcanzar, eso sí, una finalidad de interés general, pero que no tiene por qué ser estrictamente benéfica.

Las Fundaciones no podrán tener ánimo de lucro, es decir, el fundador o los patronos no pueden obtener beneficios por el hecho de serlo. Ahora bien, que no tengan ánimo de lucro no quiere decir que no puedan tener actividad económica, de hecho, existe un gran número fundaciones cuya finalidad de interés general se ejerce a través de actividad empresarial, en lo que se conoce como Fundaciones-empresa. Que una entidad no tenga ánimo de lucro no significa que no puedan obtener rentas o ganancias (lucro objetivo), sino que no se pueden repartir entre sus socios (lucro subjetivo).

La jurisprudencia sobre responsabilidad de los patronos es muy escasa. Esta baja conflictividad podría deberse (es bien posible que no sea la única razón, pero sin duda es una de las causas) a que hasta hace bien poco muchos de los casos que pudieran ser dañosos para la entidad no llegaron finalmente a tribunales por la consideración que el ejercicio gratuito del cargo de patrono en las fundaciones benéficas se compensaba con cierta laxitud en la exigencia de responsabilidad. Prueba de ello es que en la antigua legislación la conducta responsable tenía que ser negligente, en cambio en la actual se prescribe que son objeto de responsabilidad las acciones que no se hayan desplegado con la diligencia propia de un representante leal, aproximándose así a las sociedades de capital, lo que constituye, en mi opinión, un acierto.

II. EL PATRONATO

II.A. Consideraciones generales

El Patronato es el órgano de administración y gestión de la fundación, al que compete su gobierno y representación. Según el artículo 14.2: «Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos». Tomado de la doctrina mercantilista, la diligencia requerida a los patronos puede conceptuarse como la conducta socialmente

esperable en el tráfico, integrando, tanto los usos del comercio, como las buenas prácticas de la gestión empresarial².

Al Patronato le corresponde cumplir los fines fundacionales con autonomía en su actuación. Esto significa que los patronos no están obligados a seguir las instrucciones de gestión del fundador, sino que deben cumplir con su encomienda con independencia.

Por otra parte, el Patronato gestiona un patrimonio ajeno destinado al interés general y con escasos contrapesos internos, razón por la cual está sometido a fuertes medidas de control externas ejercidas por el Protectorado de Fundaciones.

El número mínimo de componentes para la válida constitución de un Patronato es de 3 aunque, lógicamente, es recomendable que haya más para minimizar las posibilidades de colapso de la fundación. Y es que el Patronato es un órgano de existencia obligatoria en una fundación, puede haber otros en los Estatutos, pero este es legalmente imprescindible. Cuando se trata de fundaciones con patrimonio elevado y mucha actividad, el modelo de Patronato como órgano único de la fundación debe compartir funciones con otras figuras orgánicas (artículo 16.2 LF), con la idea de especializar tareas de gobierno y gestión³.

El Patronato ha de tener un presidente y un secretario. Así como el presidente ha de ser obligatoriamente patrono, el secretario no tiene por qué serlo, si no lo fuere, tendrá voz, pero no voto.

Los patronos deben aceptar sus cargos de forma expresa, que se inscribirán en el Registro de Fundaciones tras el traslado de copia simple del notario, según los artículos 7.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (RF)⁴ y el 24 del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal (RRF), en el que se regulan los actos sujetos a inscripción. En la primera inscripción de la Fundación han de indicarse e identificarse las personas que forman el Patronato y los cargos de presidente y secretario. Si los patronos aceptan el

² CUSCÓ, M., & CUNILLERA, M. (2003). Comentarios a la nueva ley de fundaciones: ley 50/2002. *Dijusa - vLex*.

³ OREJAS CASAS, J. A. (2018). La organización y dirección de las Fundaciones. *CIRIEC-España Revista Jurídica*, nº 32.

⁴ «El protectorado, al recibir la copia simple de la escritura de constitución enviada por el notario autorizante, podrá requerir a los patronos designados en ella para que acepten el cargo, si todavía no lo hubieran hecho, e insten la inscripción de la fundación».

cargo en un momento posterior a la constitución de la fundación, entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo de alguna de las siguientes formas: en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones (artículo 15.3 LF).

Existe una situación especial, el de las Fundaciones en proceso de formación: aquellas ya constituidas por medio de escritura pública que todavía no han sido inscritas y existe la inequívoca voluntad de hacerlo. En estos casos, entre el momento en el que se otorga la escritura pública y el de inscripción en el Registro, el Patronato solo podrá realizar los actos indispensables para la conservación de su patrimonio y que no admitan demora; estos actos serán asumidos por la Fundación cuando obtenga personalidad jurídica. ¿Cuáles son los actos indispensables para la conservación del patrimonio de la Fundación que no admitan demora? Aún con cierto gradiente de incertidumbre, se entiende que son aquellos encaminados a la preservación y el cuidado de los bienes, de forma que mantengan su productividad o un rendimiento constante. Aquellos que no admitan demora son aquellos que razonablemente han de ser realizados, porque el transcurso del tiempo sin acción puede causar un perjuicio al patrimonio de la fundación (por ejemplo, el pago de recibos de gasto corriente como son electricidad, agua, etc.).

Aquí aparece la primera situación de responsabilidad de los patronos: si transcurren más de 6 meses desde que la escritura pública fuese otorgada hasta la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado cesará a los patronos, y responderán objetiva y solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción. La responsabilidad no está supeditada a la existencia de culpa o negligencia, sino que para que se produzca basta con el transcurso de los 6 meses sin inscripción. El cese no es facultativo del Protectorado, sino una consecuencia que deberá aplicar tras el transcurso del plazo sin haberse producido la inscripción. El plazo empieza a computar desde que el Patronato se constituye válidamente, con la aceptación de un mínimo de 3 miembros, porque hasta entonces no es posible su inscripción.

II.B. Actuación y funcionamiento del Patronato

Toda la actividad del Patronato está destinada al cumplimiento del fin fundacional y a la administración diligente de los bienes y servicios que componen el patrimonio de la fundación. Para ello, los estatutos

pueden prever la existencia más órganos además del Patronato, como pueden ser comisiones delegadas o comisiones ejecutivas, usuales en fundaciones con un gran volumen de actividad. Asimismo, es común que parte de las tareas pueden ser ejercidas por personal profesional de gerencia o dirección, que con relativa frecuencia se ocupan del secretariado⁵. El Patronato mantiene un funcionamiento colegiado: expresa la voluntad mayoritaria y consensuada de los patronos y sus decisiones vinculan a la fundación.

El Patronato quedará válidamente constituido y podrá adoptar acuerdos cuando esté presente o representada la mayoría absoluta de los patronos. Los acuerdos serán adoptados por la mayoría de los patronos presentes o representados en la reunión; el presidente tendrá voto de calidad en caso de empate (artículo 11.1 RF). Este juego de mayorías puede ser modificado en los estatutos (artículo 14 LF), en particular, aunque la normativa no prevé ningún caso en el que se exija mayoría cualificada para la toma de decisiones, puede establecerse en los estatutos.

El gobierno de una fundación implica dos aspectos⁶:

Primero, organizar la entidad en aplicación de las normas legales o estatutarias y, una vez organizada y dotada de organigrama, impulsar las actividades necesarias para que funcione. La actividad del Patronato, en sentido dinámico, significa la administración de los bienes y derechos de la fundación, lo cual no es sólo gestionar, sino sacarles todo el rendimiento y utilidad posibles para alcanzar los fines fundacionales destinados a la mayor cantidad de beneficiarios genéricos.

Segundo, actuar como representante leal de la Fundación. En este sentido, el Patronato tiene la facultad de representar a la fundación en su relación con terceros o ante los tribunales, para lo cual deberán designar a uno o varios patronos. En defecto de nombramiento expreso, le corresponderá al presidente.

II.C. Requisitos para ser patrono

Los patronos pueden ser personas físicas o jurídicas; si fuesen personas jurídicas, cumplirán sus responsabilidades a través de representantes.

⁵ SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). *El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones*. Aranzadi Thomson Reuters. Pág. 80.

⁶ SERRANO GARCÍA, I. (2007). El patronato. En J. M. BENEYTO PÉREZ, *Tratado de Fundaciones*, vol. I. Bosch. Pág. 531.

Los patronos deben aceptar el cargo expresamente, bien en el momento en el que se otorga la escritura de constitución, bien posteriormente. En la aceptación ha de constar el cargo que ostentan en el Patronato, la fecha de la aceptación formal del cargo y la duración del mandato. Esto es en el caso en que sea por tiempo determinado, pero también puede ocurrir que el nombramiento sea por tiempo indeterminado o vitalicio (cuestión bastante usual cuando el fundador nombra a personas de su confianza).

Para ser patrono, las personas físicas **han de tener plena capacidad de obrar** y no estar inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos (artículo 15.2 LF). Los menores emancipados no pueden ejercer el cargo de patrono, por la razón de que la LF exige plena capacidad de obrar, y éstos no la tienen (hay determinados actos de enajenación patrimonial para los que necesitan autorización de sus padres o su curador, como dispone artículo 247 CC). La pérdida de capacidad natural por edad avanzada también puede ser causa de que no sea posible el ejercicio del cargo de patrono, aunque la persona no haya sido incapacitada; así se pronuncia la SAP Asturias 114/2004, de 23 de febrero⁷, en el que declara que una persona no puede ejercer su cargo «consecuencia natural y lógica de su muy avanzada edad y el consecuente deterioro tanto físico como intelectual (...). A través de su interrogatorio se ha podido constatar el peso de los años afectando tanto a sus capacidades físicas y sensoriales no pudiendo desempeñar el cargo de patrono adecuadamente».

II.D. Sustitución, cese y suspensión de los patronos

A) Sustitución

La sustitución de los patronos se hará en la forma prevista en los estatutos. De no ser posible hacerlo de este modo, se procederá según lo dispuesto para la reforma de Estatutos, en cuyo caso el Protectorado podrá nombrar provisionalmente a las personas que ocupen estos cargos hasta que la reforma esté culminada (artículo 18.1 LF).

Hay un supuesto de sustitución automática, aquél en el que el cargo de patrono está habilitado por ocupar un cargo (por ejemplo, Arzobispo de Zaragoza) en el que cesa. En este caso, la persona que lo sustituya lo hará también como patrono de la Fundación.

⁷ ECLI:ES:APO:2004:659

B) Cese

El artículo 18.2 LF lista las causas de cese de los patronos. Cuscó y Cunillera⁸ las sistematizan en los siguientes supuestos:

- a) Cese por cuestiones personales: muerte, declaración de fallecimiento, incapacidad, inhabilitación, incompatibilidad y renuncia.
- b) **Cese automático: cese en el cargo en función del cual se designó** al patrono cuando representa a una persona jurídica y el cese por el transcurso del tiempo previsto como duración del mandato.
- c) **Cese o suspensión impuesta judicialmente: cese por no desempeñar el cargo con la diligencia exigida y el cese o suspensión en juicio sobre responsabilidad del patrono.**
- d) Cese por las causas previstas en los Estatutos.

C) Suspensión

La suspensión de un patrono solo puede llevarse a cabo por la autoridad judicial en aplicación de una medida cautelar, dentro de un proceso en el que haya que resolverse una acción de responsabilidad (artículo 18.3 LF). La suspensión termina con la resolución judicial, en función de su resultado se transformará o no en el cese del patrono involucrado.

II.E. La gratuidad del cargo de patrono

Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione. Es decir, la ley prevé que no pueden cobrar, pero, al lado de ello, permite activar mecanismos para que tampoco les cueste dinero serlo.

Por otra parte, el Patronato podría fijar para los patronos una retribución para servicios distintos a sus funciones en el ejercicio de su cargo, siempre que el fundador no hubiese dispuesto lo contrario y esté autorizado por el Protectorado. Sin embargo, aquí hay un proble-

⁸ CUSCÓ, M., & CUNILLERA, M. (2003). Comentarios a la nueva ley de fundaciones: ley 50/2002. *Dijusa - vLex*.

ma, y es que la ley no concreta cuáles son las funciones de los patronos en relación con su cargo, con lo que hay una lógica incertidumbre sobre qué servicios podrían ser remunerados y cuáles no.

II.E.1. Derecho al reembolso de gastos debidamente justificados

Párrafo primero del artículo 15.4 LF: «Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función».

En la doctrina está comúnmente aceptado que el reembolso de los gastos obedece a la conveniencia de evitar un enriquecimiento injusto por parte de la fundación. De este modo, el reembolso no tiene carácter remuneratorio, sino resarcitorio⁹.

Se trata de partidas de gastos que racionalmente que racionalmente tengan que ejecutar los patronos para el ejercicio de su cargo y que puedan ser debidamente justificados. Ahora bien, dentro de estos gastos que dan derecho a reembolso no se encuentra el lucro cesante por el tiempo que el patrono deja de dedicar a sus actividades profesionales.

En los conceptos más comunes de este tipo de gastos, como son viajes o alojamientos, es bastante común que sea el patrono quien adelanta el dinero (la otra opción es que contrate la Fundación directamente con el proveedor del servicio hotelero o de transporte), en tal caso se produciría un reembolso de cantidad.

Los gastos reembolsables no pueden encubrir una retribución, por lo que en éstos no estarían incluidos la percepción de dietas por la realización de labores de gestión de la fundación¹⁰. En aras de la transparencia y buen gobierno, sería conveniente evitar el pago de dietas, salvo casos muy especiales que debieran autorizarse por el Protectorado. La recurrencia de actividades que pudieran dar lugar al abono de dietas implica que la fundación es muy dinámica y que necesita personal profesional de gerencia, que sí tendría derecho a dietas como consecuencia de su contrato laboral con la fundación¹¹.

⁹ CUSCÓ, M., & CUNILLERA, M. (2003). Comentarios a la nueva ley de fundaciones: ley 50/2002. *Dijusa - vLex*.

¹⁰ MARTÍNEZ BALMASEDA, A. (2014). La retribución de los patronos de las fundaciones. En A. EMPARANZA SOBEJANO, *Nuevas orientaciones en la organización y la estructuración jurídica de las fundaciones*. Marcial Pons. Pág. 116.

¹¹ SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). *El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones*. Aranzadi Thomson Reuters. Pág. 114.

El artículo 15.4 LF se relaciona con los artículos 1728 y 1729 CC, de tal suerte que los patronos tendrían derecho a los intereses devengados por la cantidad anticipada y al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el desempeño de su cargo, siempre que no medie culpa o imprudencia por su parte.

II.E.2. Retribución a los patronos por la prestación de servicios. La autocontratación

El Patronato puede acordar la retribución de servicios prestados por patronos que sean distintos de las funciones que les correspondan como miembros del Patronato (artículo 15.4 LF).

El ejercicio de la labor como miembro del patronato es gratuita los patronos, pero pueden cobrar por servicios presentados a la fundación, ahora bien, únicamente cuando esos servicios no estén dentro de las funciones que le corresponden en razón de su cargo. Además, para que se active esta posibilidad siempre tienen que mediar dos circunstancias: que el fundador no lo hubiera prohibido y que previamente lo autorice el Protectorado.

Se trata de la figura de la autocontratación, que vienen a ser aquellos casos en los que la voluntad de una persona puede vincular a dos o más patrimonios o centros de interés¹². En este caso concreto son situaciones en las que una persona que actúa tanto en interés propio como en interés de quien representa, a través de un negocio jurídico en el que se relacionan ambas partes y en el que ambas quedan obligadas¹³. De producirse la autocontratación, el patrono tendría una doble vinculación con la Fundación: una, por su condición de patrono, que estaría regulada por la LF, los Estatutos y el RF; otra, por la prestación de servicios, cuyo marco normativo se regiría por la naturaleza del negocio jurídico¹⁴.

El Protectorado denegará la autorización cuando la autocontratación encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono o cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no esté equilibrado con el precio que paga (artículo 34 LF), casos en

¹² ESTRUCH ESTRUCH, J. (2013). Eficacia e ineficacia del autocontrato. *Anuario de derecho civil*, 66, 985-1043.

¹³ MARÍNEZ TAPIADOR, A. (2017). Régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 10, 57-91. Pág. 74.

¹⁴ MARTÍNEZ BALMASEDA, A. (2014). La retribución de los patronos de las fundaciones. En A. EMPARANZA SOBEJANO, *Nuevas orientaciones en la organización y la estructuración jurídica de las fundaciones*. Marcial Pons. Pág. 119.

los que los beneficios de la autocontratación sean asimétricos (que la fundación pague un precio desproporcionado por el servicio).

La normativa trata de garantizar el equilibrio de intereses y la imparcialidad del patrono en su relación con la Fundación. La autocontratación no está prohibida, porque no produce perjuicio ineludible a los intereses de la Fundación, porque cuando hay autocontratación el conflicto es potencial, pero no tiene por qué haberlo necesariamente. Por tal motivo, en estos casos debe preverse es un procedimiento en el que el patrono comunique la situación de potencial conflicto, y se abstenga de participar en la decisión del Patronato que debe adoptar al respecto¹⁵.

La autorización del Protectorado es preceptiva en todos los casos de autocontrato: es indiferente que contrate con el patrono en primera persona, con alguien a quien represente, o con una sociedad en la que tenga una posición relevante, y con independencia de la cuantía del negocio jurídico. En la normativa no se menciona los casos en los que la Fundación contrata con el cónyuge o un familiar del patrono.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS

III.A. Los deberes de diligencia y lealtad

El artículo 17.1 LF dice que «los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal». Habida cuenta de que la redacción es tan sucinta, hay que acudir a la normativa de las sociedades de capital y a su abundante doctrina para completar los vacíos que presenta la LF en el análisis y configuración de los conceptos de diligencia y lealtad. El Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), dice en los artículos 225¹⁶

¹⁵ SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). *El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones*. Aranzadi Thomson Reuters. Pág. 130.

¹⁶ Deber general de diligencia:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.
2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.
3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

y 227¹⁷ que los administradores deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante.

Parte de la doctrina tradicionalmente consideró que es conveniente atenuar los deberes de diligencia y lealtad de los patronos de las Fundaciones con respecto a la que deben presentar los administradores en las sociedades de capital, bajo los argumentos de que su cargo es gratuito frente al carácter remunerado del administrador en las sociedades de capital, y que, además, atenuando la responsabilidad se puede atraer a más personas a las actividades de beneficio social que realizan. Discrepo de esta postura, desde mi punto de vista los grados de diligencia y lealtad de los patronos no deben ser diferentes a los de los administradores de las sociedades de capital¹⁸:

- a) Una gestión negligente o desleal de los administradores en sociedades de capital causa la pérdida del dinero de los inversores y el empleo de los trabajadores de la empresa. En las fundaciones no sólo se causaría ese mismo perjuicio, sino que además se añade la lesión al interés general, la pérdida de beneficio para colectivos genéricos de personas, que en numerosas ocasiones están en situación de vulnerabilidad. Recuérdese que un Patronato gestiona un patrimonio ajeno que se destina a un fin de interés general.
- b) Las similitudes en el tratamiento legislativo de la responsabilidad de fundaciones y sociedades de capital son abundantes, por ejemplo, la **acción de responsabilidad fundacional es equivalente** en la mayoría de los aspectos a la acción social de responsabilidad de las sociedades de capital, o la responsabilidad de los miembros del Patronato es solidaria, igual que en las sociedades de capital. Sería ilógico separarse de esta misma línea en los deberes de diligencia y lealtad de los patronos.
- c) Es cierto que los patronos ejercen su cargo de modo gratuito, pero esto no significa que no tengan retribución. Ésta puede

¹⁷ Deber de lealtad:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

¹⁸ Lo cual es distinto a considerar que no se puede aplicar por analogía la normativa de las sociedades de capital para que terceros puedan entablar acción de responsabilidad contra los patronos de las fundaciones, que analiza la STSJ de Cataluña 35/2009, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2009:9453).

venir; por ejemplo, del prestigio social que comporta, o de la posibilidad de encontrar aliados para sus actividades mercantiles privadas, e incluso de la perspectiva de obtener ingresos por actividades dentro de la Fundación por actividades distintas a las tareas que comporta su labor como patrono. Por cuanto la condición de patrono conlleva una ventaja potencial, es dudosa la aplicación del artículo 1726 CC¹⁹.

- d) El Patronato puede contar con el Protectorado para la supervisión y orientación de sus acciones, de modo que los patronos pueden encontrar apoyo y asesoramiento en sus labores de administración y gestión.
- e) La legitimación activa en la acción de responsabilidad fundacional es muy restringida, lo que en la práctica supone que los casos de fiscalización de la conducta de los patronos serán mucho menores que en las sociedades de capital.
- f) Precisamente por destinarse a un fin de interés general, las fundaciones cuentan con beneficios fiscales, con lo cual, en último término, hay una implicación económica de las administraciones públicas en la consecución de sus fines.

III.A.1. El deber de diligencia

El deber de diligencia hace referencia a un canon o criterio de conducta relativo al cumplimiento de las obligaciones que derivan del cargo de patrono. La diligencia es una obligación de medios, no de resultados, lo que implica que no es posible que derive responsabilidad únicamente por el daño causado en el patrimonio de la fundación, sino que es necesario valorarlo siguiendo otros parámetros, como el estudio e información sobre la decisión llevada a cabo o la protección de los intereses sociales. La responsabilidad de los patronos no es objetiva: para que se pueda apreciar responsabilidad se necesita, además del daño, una conducta por debajo del cuidado que habría tenido cualquier otro patrono en las mismas circunstancias²⁰, por tanto, una eventual responsabilidad se desencadenaría cuando el nivel de diligencia no fuese el que racionalmente deba seguirse en el acto concreto.

¹⁹ «El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido».

²⁰ MARTÍNEZ TAPIADOR, A. (2017). Régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 10, 57-91.

Según la normativa mercantil, el grado de diligencia exigible sería a de un ordenado empresario, con una conducta socialmente esperable que integra tanto los usos del comercio como las buenas prácticas de la gestión empresarial²¹. Por lo tanto, para determinar el grado de diligencia debida, hay que ir al caso concreto.

La conducta a observar, que no el grado de diligencia, es diferente si las fundaciones realizan o no actividades económicas: en las fundaciones que no las realizan, llamadas fundaciones dotacionales, los rendimientos derivan exclusivamente de la dotación fundacional, con lo cual no han de poner esfuerzo para acrecentar el patrimonio, cuestión que sí es crucial en las fundaciones empresariales²².

III.A.2. El deber de lealtad

Un patrono mantiene con la fundación una relación fiduciaria: se le pide que actúe de buena fe y en beneficio de la entidad. De esta manera, la aceptación de la **posición de representación obliga a anteponer** el interés del representado a los intereses del representante.

Es la misma lealtad que la LSC exige a los administradores de las sociedades de capital: «la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad» (artículo 227). Es decir, en virtud de la lealtad, el patrono debe anteponer los intereses de la fundación a los suyos propios y, por tanto, deben anteponer el beneficio de sus representados, por lo que en ningún caso deben obtener beneficio alguno, ni para sí ni para su círculo familiar o social, del ejercicio del cargo.

Alfaro²³ describe el deber de lealtad de la actuación de un administrador como un freno: «la actuación del administrador es conforme con el interés social y, en términos jurídicos, el interés social no actúa como una directiva de conducta sino como un freno o límite al ejercicio de facultades, poderes o funciones discrecionales. Desde mi punto de vista, lo dicho puede aplicarse exactamente a los patronos».

²¹ CUSCÓ, M., & CUNILLERA, M. (2003). Comentarios a la nueva ley de fundaciones: ley 50/2002. *Dijusa - vLex*.

²² SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, nº 7640.

²³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2016). El interés social y los deberes de lealtad de los administradores. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 213-236.

III.B. Naturaleza y ámbito de la responsabilidad

La responsabilidad de los patronos será contractual, sobre la base del reconocimiento de una relación jurídica de servicios entre fundación y patrono²⁴.

En este sentido, hay tres circunstancias a resaltar²⁵:

- a) Se trata de conductas que no hayan estado caracterizadas por la diligencia debida en función de los usos de comercio y de gestión empresarial. La responsabilidad es orgánica, por daños y perjuicios del Patronato en el ejercicio de sus competencias.
- b) Se trata de una responsabilidad desde el punto de vista del derecho de obligaciones, en virtud de la relación jurídica entre el patrono y la Fundación que se sujeta a daños y perjuicios por incurrir en dolo, negligencia y morosidad, según se desprende del artículo 1101 CC²⁶.
- c) Las personas jurídicas responden por los actos de sus representantes, sin perjuicio de la correspondiente acción de regreso.

Es una responsabilidad es orgánica, **en cuanto se deriva de la actuación** de un órgano en el ejercicio de sus competencias. La responsabilidad de los patronos se circunscribe exclusivamente por actos realizados en el ejercicio de su cargo, en funciones de gobierno, administración y representación, acuerdos tomados en sede del Patronato.

Fuera de la acción fundacional de responsabilidad la LF no contempla otros mecanismos de atribución y exigencia de responsabilidad a los patronos²⁷.

IV. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

En este epígrafe se analizan los supuestos de responsabilidad de los patronos en función de la persona frente a quien deba asumirla. De manera principal, frente a la propia fundación, pero también los

²⁴ OREJAS CASAS, J. A. (2019). Buen gobierno y responsabilidad de los patronos en las Fundaciones. *Actualidad Civil*, n° 1.

²⁵ SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). *El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones*. Aranzadi Thomson Reuters. Pág. 154.

²⁶ «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

²⁷ ESTEBAN MONASTERIO, I. (2014). Responsabilidad de los patronos por deudas o insolvencia de la Fundación. *Actualidad civil*, n° 3, 266-283.

supuestos específicos frente el protectorado. Además, hay un estudio específico sobre la posibilidad de subrogación de terceros en la acción de responsabilidad.

IV.A. La responsabilidad de los patronos frente a la fundación

La responsabilidad de los patronos se canaliza a través de la acción fundacional de responsabilidad o acción en interés de la fundación, que persigue la reparación del daño causado por estos en el ejercicio de su cargo. El propósito y finalidad de esta acción son en sustancia los mismos que los de la acción social de responsabilidad de las sociedades de capital del artículo 238 LSC²⁸.

IV.A.1. Presupuestos de responsabilidad

Los presupuestos de la responsabilidad son la conducta antijurídica, el daño el nexo causal. Existen, por otra parte, supuestos de exoneración de la responsabilidad.

A) La conducta antijurídica

Los actos que pueden originar responsabilidad proceden de dos supuestos, actos contrarios a la ley o a los Estatutos o actos sin la diligencia de un representante leal:

- a) Actos contrarios a la ley o a los Estatutos. El artículo 2.2 LF dice que «las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley». Los actos de contravención de las normas básicas de funcionamiento de la Fundación son causa de responsabilidad ante la misma.
- b) Infracción de la diligencia exigible. Son conductas en las que los patronos no actúan como un representante leal. En este sentido, ha de reiterarse que se trata de una obligación de medios, no de resultado, y que el grado de diligencia se equipara a la exigida a los administradores de las sociedades de capital.

²⁸ SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, nº 7640.

B) El daño

Para que exista responsabilidad de los patronos frente a la Fundación no se necesita solo una conducta contraria a la ley o a los Estatutos, o negligente, sino también que la fundación hubiera sufrido un daño. De esta manera no se produciría responsabilidad si un patrono actuase de modo diligente y existiese un perjuicio, o si lo hiciese de modo imprudente pero el daño no se produjese. El daño en el patrimonio de la Fundación debe estar valorado y probado, e incluye tanto el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1106 CC²⁹).

C) Nexo causal.

El daño ha de estar causado por la conducta del Patronato, unidos por una relación causa-efecto.

D) Supuestos de exoneración.

- a) Están exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. La posible exoneración de la responsabilidad hace especialmente importante a efectos probatorios que la dirección del voto de los patronos disidentes conste en acta. En este sentido el artículo 12.2 RF dice que en el acta podrá figurar, a solicitud de cada patrono, el voto contrario o favorable al acuerdo adoptado o su abstención, así como la justificación del sentido de su voto. Los patronos tienen derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, si aportan el texto que se corresponda fielmente con su intervención, de manera que una copia se unirá al acta. Podrán formular voto particular por escrito en el plazo de 48 horas.
- b) Tampoco será exigible responsabilidad en casos de fuerza mayor, en el sentido del artículo 1105 CC: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo decla-

²⁹ «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes».

re la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

IV.A.2. Legitimación activa

Según el artículo 17.3 LF «la acción de responsabilidad se entablará, ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación: a) Por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado. b) Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 35.2. c) Por los patronos disidentes o ausentes, en los términos del apartado 2 de este artículo, así como por el fundador cuando no fuere Patrono».

De esta manera, están legitimados para entablar la acción:

A) El Patronato

No debe haber duda sobre que la expresión de la LF, «el propio órgano de gobierno de la Fundación» se refiere al Patronato, y así lo corrobora el artículo 14 LF («en toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno»). El acuerdo para el ejercicio de la acción ha de ser tomado según lo previsto en el artículo 11.1 RF, por mayoría de los patronos presentes o representados.

Hay que resaltar que en los casos en el que el acuerdo lesivo se adopte por mayoría, es muy complicado en la práctica que el Patronato ejercite la acción; en tal caso, únicamente podría hacerlo el Protectorado, los patronos disidentes o ausentes, o el fundador no patrono³⁰. Si el acuerdo hubiera sido tomado por unanimidad, el círculo de legitimados activos se restringiría aún más, sólo la tendría el Protectorado o el fundador no patrono, si existiese.

El acuerdo para el ejercicio de la acción ha de ser tomado según lo previsto en el artículo 11.1 RF, por mayoría de los patronos presentes o representados.

³⁰ MARIMÓN DURÁ, R., & OLAVARRÍA IGLESIA, J. (2008). Artículo 17. Responsabilidad de los patronos. En J. OLAVARRÍA IGLESIA, *Comentarios a la Ley de Fundaciones* (págs. 424-453). Tirant lo Blanch.

B) El Protectorado

El Protectorado está legitimado para ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad y para instar el cese de los patronos. Asimismo, está legitimado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación (artículo 35.2 LF).

C) Patronos disidentes o ausentes

Esta legitimación activa es la otra cara de la exoneración de responsabilidad del artículo 17.2 LF. Ha de negarse la legitimación activa a los patronos que hubieran votado a favor del acuerdo lesivo, como dice la STS 364/2012, de 18 de junio³¹: «basta con leer la sentencia recurrida, y especialmente la parte transcrita en el fundamento jurídico anterior, para comprobar que está suficientemente motivada dado que expresa de forma comprensible la razón causal de su fallo, que no es otra que la falta de legitimación activa de la hoy recurrente para entablar la acción de responsabilidad, conforme al art. 17 de la Ley de Fundaciones, por haber votado a favor de los acuerdos en que los daños y perjuicios alegados en la demanda habrían tenido su origen, por más que la ejecución de los propios acuerdos no correspondiera al Patronato en sí mismo».

D) El fundador no patrono

¿Existen otros posibles legitimados para plantear la acción? La actual redacción del artículo 17.3 LF no lo hace posible. Así lo refrenda la STSJ Castilla-La Mancha 232/2017, de 16 de febrero³²: «Como se desprende del anterior precepto [el artículo 17.3 LF], únicamente se prevé la **responsabilidad de los patronos frente a la fundación**, reconociendo legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad al propio órgano de gobierno de la fundación, al Protectorado, a los patronos disidentes o ausentes, y al fundador cuando no fuere patrono. Sin embargo, no se contempla la posibilidad de una acción de responsabilidad de los acreedores contra los patronos».

Sin embargo, sería conveniente *lege ferenda* habilitar la legitimación a otros sujetos con un elevado interés en el buen funcionamiento

³¹ ECLI:ES:TS:2012:4397

³² ECLI:ES:TSJCLM:2017:291

de la fundación. La configuración tan restrictiva de legitimados activos puede producir en numerosos casos la no exigencia de responsabilidad, habida cuenta de que el Patronato no tiene contrapesos internos en las fundaciones, como sí los hay en las sociedades de capital o en las asociaciones.

Existe un caso especialmente problemático, el de las fundaciones descendientes de la obra social de las cajas de ahorro. En ellas, las funciones de Protectorado son ejercidas por los órganos designados por el Ministerio o la Consejería de Economía correspondiente, y no el órgano que la ejerce usualmente para el resto de las fundaciones, lo cual plantea dudas sobre la preparación técnica para velar por el fin fundacional o para la detección de situaciones de potencial riesgo para la estabilidad de la entidad; en este sentido, artículo 25³³ de la Ley 4/2014, de 26 de junio, de Fundaciones Bancarias de Aragón y artículo 45³⁴ de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias.

Principalmente hay cinco clases de terceros con un interés legítimo en la buena marcha de la Fundación, que serían especialmente indicados para ostentar una legitimación activa en la acción³⁵:

- a) Colaboradores. Son aquellas personas físicas o jurídicas no representadas en el Patronato que se unen a la Fundación en determinadas situaciones con el propósito de lograr una consecución mayor y óptima de los fines fundacionales.
- b) Beneficiarios. Aquellas personas que reciben ayuda, asistencia o beneficio por la actividad de la Fundación.
- c) Donantes. Personas físicas o jurídicas que apoyan la labor fundacional con la entrega de bienes o servicios sin contraprestación alguna, para el cumplimiento de los fines de interés general.

³³ «El protectorado de las fundaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley será ejercido por el Departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de economía».

³⁴ «En el supuesto de fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma, el protectorado será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad siempre que individualmente ostenten una participación directa o indirecta en la entidad o entidades de crédito de, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto o, teniendo un porcentaje inferior, la fundación bancaria sea su mayor accionista. En caso contrario, el protectorado será ejercido por la correspondiente Comunidad Autónoma».

³⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, B. (2012). Los códigos de buen gobierno corporativo en las entidades sin ánimo de lucro: en especial en las fundaciones. *Oñati socio-legal series*, 24-52. Págs. 37 a 40.

- d) Trabajadores. En numerosas ocasiones los trabajadores de las fundaciones presentan un alto grado de implicación con los fines fundacionales, superior al de otras tipologías organizativas de corte empresarial.
- e) Sociedad civil. Por cuanto que las Fundaciones representan una extensión del servicio público prestado por las administraciones públicas, y porque para ello reciben una serie de beneficios fiscales, es lógico pensar que cualquier ciudadano podría presentar, en una medida u otra, un interés legítimo en la buena marcha de la Fundación.

Con la actual arquitectura jurídica de la LF, ninguna de estas personas podría entablar la acción de responsabilidad fundacional, por grande que fuera el daño que hubiera sufrido la fundación por la actuación de los patronos.

La prescripción de la acción es de 4 años contados a partir del momento en el que pudo haber sido interpuesta (artículo 241 bis LSC).

IV.A.3. Efectos de la responsabilidad

De entablarse la acción de responsabilidad por daños causados por los patronos a la fundación, podrán producirse los siguientes efectos:

A) Reparación del daño

Los patronos deberán restituir el patrimonio de la Fundación a la situación que hubiera tenido de no haberse producido el daño. Comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante.

B) Cese y suspensión de los patronos responsables

El cese implicaría el fin definitivo de la relación de los patronos con la Fundación, la suspensión su congelación hasta que no se esclarezca en sede judicial si ha habido o no responsabilidad.

El cese ha de activarlo el Patronato o, a falta de actividad, del Protectorado. En todo caso, el cese no es potestativo del Patronato o el Protectorado, sino que es una consecuencia automática de estos supuestos. El encabezamiento es concluyente, con el verbo redactado en futuro: «El cese de los patronos de una fundación se producirá».

En cambio, la suspensión cautelar de los patronos inmersos en una acción de responsabilidad fundacional sí es potestativa, pero deberá ser acordada por el juez como medida cautelar cuando se entable contra ellos una acción de responsabilidad (artículo 18.3 LF).

C) La responsabilidad solidaria

Los patronos que hubieran cometido los actos dañosos responderán solidariamente frente a la fundación, una previsión que la equipara a la regulación de las sociedades de capital (artículo 237 LSC³⁶). Consecuencia natural de la colegialidad del órgano, la responsabilidad solidaria implica una presunción de responsabilidad de todos los sujetos que forman el Patronato, de la que se pueden exonerar si concurren las circunstancias del artículo 17.2 de la LF³⁷.

El régimen de solidaridad supone una mayor garantía para el cobro de la deuda por parte de la fundación, puesto que la acción puede dirigirse contra cualquiera de los patronos o, incluso, contra todos ellos a un tiempo. Se trata de proteger el interés de la fundación, en cuyo beneficio los legitimados activos (Patronato, Protectorado, patronos disidentes o fundador) presentan la acción de responsabilidad. Una vez satisfecha la deuda indemnizatoria, el patrono que la hubiera satisfecho dispondrá de la acción de regreso del artículo 1145 CC³⁸.

Aunque parte de la doctrina considera excesiva esta previsión, no lo es para mí: entiendo que es medida en consonancia con la respon-

³⁶ «Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél».

³⁷ MARTÍNEZ TAPIADOR, A. (2017). Régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 10, 57-91. «Por tanto, se parte de la base de que todos los patronos han actuado en el acuerdo o acto lesivo, por lo que, a todos se les imputan los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad por el acto o acuerdo lesivo, pero al mismo tiempo, todos tienen la posibilidad de exonerarse de la responsabilidad probando que no tenían conocimiento del mismo, o que teniéndolo, han hecho todo lo posible para evitarlo».

³⁸ «El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.

La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno».

sabilidad que asumen al gestionar un patrimonio ajeno destinado al interés general³⁹.

Para prevenir este tipo de conductas es cada vez más frecuente la redacción de códigos éticos⁴⁰ o de buen gobierno⁴¹ aplicables a toda la organización y, en particular, a las personas que detentan su gobierno y representación.

IV.B. Casos de responsabilidad de los patronos frente al Protectorado

En este apartado se recogen los casos en los que los patronos incumplen determinadas obligaciones frente al Protectorado que, con independencia de un eventual daño a la fundación, pueden ser objeto de responsabilidad.

IV.B.1. Actos realizados sin autorización previa o comunicación posterior

Determinados actos realizados por el Patronato han de ser objeto de autorización previa por el Protectorado o han de ser comunicados una vez que han tenido lugar. ¿Qué consecuencias tienen estos incumplimientos?

- a) Cuando se trata de un acto para el que no se ha solicitado autorización previa, el Protectorado puede concederla a posteriori. Si estima que el Patronato no hubiera actuado con la diligencia debida y se hubiera causado daño a la fundación, puede activar la acción de responsabilidad del artículo 17.3 LF. Si no existe daño, no podrá activar esa acción, pero sí la del artículo 18 LF y solicitar a la autoridad judicial el cese de los patronos involucrados.
- b) Cuando lo que se omite es la comunicación posterior, y en cuanto no afecta a la validez civil del acto, no se habilita la acción de

³⁹ Por ejemplo, Serrano aprecia el riesgo de inacción de los patronos o de oposición a muchas medidas de cierto riesgo que pudieran ir en favor de la Fundación. Visto en SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones. *Aranzadi Thomson Reuters*. Págs. 176 y 177.

⁴⁰ MONTES SEBASTIÁN, B. (2020). Técnicas de Compliance en las Fundaciones. En *Guía práctica de compliance en el sector público*. El Consultor de los Ayuntamientos.

⁴¹ GARCÍA ÁLVAREZ, B. (2012). Los códigos de buen gobierno corporativo en las entidades sin ánimo de lucro: en especial en las fundaciones. *Oñati socio-legal series*, 24-52.

responsabilidad solo por ese hecho. Se trata, en particular, de los actos de enajenación y gravamen del artículo 21 LF o los de aceptación de herencias y donaciones del artículo 22 LF. En los supuestos en que considerase que la falta de comunicación es una negligencia en el desempeño del cargo, podrá pedir el cese de los patronos

En ambos casos, el procedimiento es el siguiente (artículo 21 RF):

- a) En las situaciones en que el Protectorado tenga conocimiento de que el Patronato ha realizado actos de disposición o gravamen si la debida autorización o sin cumplir la obligación de comunicar el negocio realizado, le requerirá cuanta información considere conveniente.
- b) El Patronato dispondrá de un plazo de 15 días para suministrar dicha información.
- c) A la vista de las circunstancias, el Protectorado resolverá. Con independencia de que valide el defecto y autorice el negocio a posteriori, podrá entablar la acción de responsabilidad contra los patronos involucrados o solicitar la autoridad judicial su destitución.

IV.B.2. Incumplimiento del deber de inscripción

Se trata de la responsabilidad derivada del artículo 13 LF. Si los patronos no hubieran inscrito a la fundación en el Registro pasados 6 meses desde la escritura pública fundacional, el Protectorado, al margen de tener que cesarlos, podrá entablar acción contra ellos para hacerles responsables de las obligaciones contraídas en nombre de la Fundación y por los perjuicios causados; esta responsabilidad será solidaria.

IV.C. La eventual responsabilidad de los patronos frente a terceros

¿Qué ocurre en el caso de terceros perjudicados por actos negligentes de los patronos en el ejercicio de su cargo? La LF no recoge, a diferencia de la LSC, la legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social (artículo 240 LSC) y tampoco hace ninguna mención a la acción individual de responsabilidad iniciada por terceros que han visto lesionados sus intereses por los actos de los

administradores (artículo 241 LSC). En la LF no se dice nada sobre la posibilidad de subrogarse en la acción de responsabilidad, pero, ¿sería posible? ¿Puede aplicarse por analogía la normativa de las sociedades de capital, bajo la cual sí se puede dirigir la acción contra los administradores y aplicarla al caso de los patronos de las fundaciones?

Tiene lógica jurídica plantearse, incluso considerar, que hay una laguna legal en la LF, que puede cubrirse a través de la analogía que faculta el artículo 4.1 CC: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

En este caso, para que se pudiese activar la acción subrogatoria sería necesario considerar, primero, que existe una laguna legal en la LF y, segundo, llegar a la conclusión que esa laguna se cubre por analogía con la normativa de la LSC, con el razonamiento de que entre las fundaciones y las sociedades de capital hay una identidad de razón como personas jurídicas.

La cuestión fue abordada por la STSJ de Cataluña, 35/2009, de 17 de septiembre⁴², que se formuló las siguientes preguntas:

¿Existe laguna legal en la LF que impide que los terceros puedan subrogarse en la acción de responsabilidad?

¿Concurren o no los supuestos para la aplicación analógica de la normativa de la LSA al caso concreto?

Responde negativamente a ambas. Primeramente, el fallo considera que no hay una laguna legal, pero, además no ve identidad de razón entre las dos personas jurídicas.

La Sentencia considera que la laguna no existe, así que en puridad no sería necesario abordar si la analogía funciona o no. Sin embargo, el TSJ de Cataluña lo hace, y sostiene que la normativa mercantil no es aplicable al caso⁴³. A pesar de que diversas conclusiones de la sentencia son discutibles, una cosa es cierta: la normativa de las fundaciones, que se va aproximando de forma explícita en varias cuestiones a la de las sociedades de capital (por ejemplo, en la diligencia debida o en la solidaridad de la responsabilidad), no lo hace en ésta, sobre lo que guarda silencio. El TSJ concluye que el pretendido olvido del legislador no es tal, sino que en realidad es intencionado. A mayor abundamiento, el artículo 15 de Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA) sí legitima a terceros a

⁴² ECLI:ES:TSJCAT:2009:9453

⁴³ Fundamentos jurídicos 3, 4 y 5.

ejercer la acción de responsabilidad contra los miembros de la junta directa va en el caso de las asociaciones.

Con este razonamiento, si los terceros perjudicados por actos negligentes de los patronos no pueden ejercitar por analogía la normativa de las sociedades de capital, ¿qué solución habría? La Sentencia remite a la acción de responsabilidad del artículo 1902 CC (FJ 4º): «Ello no quiere decir, ni mucho menos, que los patronos sean absolutamente irresponsables frente a terceros, puesto que aparte de su responsabilidad frente a la fundación, derivada de la obligación de diligencia que se le impone en el cumplimiento de su obligación de velar por que se cumplan los fines fundacionales, que también les puede ser exigida por los terceros legitimados, no pueden desecharse -como veremos más adelante- otros supuestos de responsabilidad individual de los patronos (ex art. 1.902 C.C.), si bien en ningún caso por analogía (p.e. ex art. 4.1 C.C.) con lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas en los arts. 133, 135 y 262.5 LSA, al no concurrir el requisito de la identidad esencial exigido para ésta».

La separación entre fundaciones y sociedades de capital que hace la sentencia se antoja demasiado radical: actualmente una parte importante de las fundaciones son operadores que se desenvuelven en el tráfico jurídico de forma activa, bajo criterios de eficiencia económica. De este modo, como agentes económicos que son y que actúan en el mercado como cualquier otro, sería lógico que las reglas fuesen las mismas, o al menos similares⁴⁴.

A pesar de que la doctrina ha estado unánimemente de acuerdo en la conveniencia de **una acción de responsabilidad por parte de terceros** contra patronos de la fundación por negligencia basada en los principios generales de responsabilidad, esta posibilidad no existe de momento en España. Sin esta opción abierta, hay una cuestión irrefutable: los terceros están más desprotegidos en las fundaciones frente a daños causados por los patronos que en las sociedades de capital por daños provenientes de los administradores⁴⁵.

Dicho todo lo anterior, las únicas soluciones para los terceros por vía jurisdiccional serían⁴⁶:

⁴⁴ MATO PACÍN, M. N. (2010). Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de septiembre de 2009: responsabilidad de patronos frente a terceros. *Anuario de Derecho de Fundaciones*, nº 1, 507-528.

⁴⁵ MARTÍNEZ TAPIADOR, A. (2017). Régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 10, 57-91.

⁴⁶ Visto en SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, nº 7640.

- a) Contra la fundación, por responsabilidad de ésta como persona jurídica, sea contractual o extracontractual.
- b) Contra los patronos, por actos individuales de éstos, en cuyo caso se trata de la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 CC.

Además de lo anterior, fuera de la reclamación judicial, los terceros pueden estimular al Protectorado para que entablen las acciones de responsabilidad fundacional contra los patronos que consideren responsables, aunque el órgano no tendría la obligación de actuar.

V. CONCLUSIONES

Primera.—La responsabilidad fundacional de los patronos se produce cuando el ejercicio de su cargo produce un daño a la Fundación y, además, su actuación es contraria a la Ley o a los Estatutos, o es producto de acciones negligentes. Desde mi punto de vista, la diligencia y lealtad exigibles a los patronos en el ejercicio de su cargo se equipara a la de los administradores en las sociedades de capital.

Segunda.—La responsabilidad es de naturaleza contractual, y se dirige a reparar el daño causado por las acciones de los patronos en el ejercicio de sus funciones. La determinación de la responsabilidad exige: una conducta antijurídica (contraria a la ley o a los Estatutos, o sin la diligencia debida), un daño para la Fundación y un nexo causal entre ambas. La responsabilidad es solidaria, y todos los patronos que tomen el acuerdo lesivo estarán sujetos a ella, a no ser que concurran circunstancias de exención.

Tercera.—La legitimación activa en la acción de responsabilidad fundacional es muy restringida: el propio Patronato, el Protectorado de Fundaciones, los patronos disidentes o ausentes y el fundador no patrono. Habida cuenta de que las Fundaciones son entidades destinadas al interés general, sería deseable la ampliación de la legitimación activa a, como mínimo, colaboradores, donantes y beneficiarios de la fundación (como sucede en algunas leyes autonómicas). En la situación actual es muy posible, incluso probable, que una fundación no obtenga resarcimiento debido por actos lesivos y negligentes por falta de legitimados para interponer la acción de responsabilidad (por ejemplo, un daño causado por una decisión tomada por el Patronato por unanimidad, sin disidencia, que pase inadvertida para el Protectorado y en la que no exista, como es usual, un fundador no patrono).

Cuarta.—La falta de legitimados para la interposición de la acción de responsabilidad que cercene la posibilidad de que la fundación se resarza del daño es especialmente plausible en las fundaciones bancarias, en razón a que las funciones de Protectorado las ostenta un departamento del Ministerio o, en su caso, Consejería de Economía, y no el órgano que la ejerce usualmente, técnicamente más capacitado.

Quinta.—De existir, la responsabilidad es resarcitoria de los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los patronos, que son quienes detentan las facultades de representación y gestión de la fundación. Consiste en la restitución de la situación patrimonial que tendría de no haberse producido las acciones dañosas, tanto el daño emergente como el lucro cesante. La responsabilidad es solidaria y conlleva automáticamente el cese de los patronos condenados.

Sexta.—La responsabilidad frente al Protectorado se produce por el incumplimiento de obligaciones que los patronos tienen con ese órgano: los actos realizados sin la preceptiva autorización previa o comunicación posterior o el incumplimiento del deber de inscripción en el Registro de Fundaciones. En estos casos, al margen de una eventual responsabilidad, podrá activar los procedimientos respectivos para el cese de los patronos, los primeros ante la autoridad judicial y los segundos, potestativamente, en sede del propio Protectorado.

Séptima.—Los terceros no pueden ejercitar la acción de responsabilidad por actos de los patronos que vayan en su perjuicio, una opción que existe para las sociedades de capital y para las asociaciones. La STSJ de Cataluña 25/2009, de 17 de septiembre, niega la posibilidad de aplicar por analogía la acción de las sociedades de capital, y remite a los eventuales perjudicados al régimen del artículo 1902 CC. A fin de evitar la desprotección de los terceros, sería conveniente habilitar una acción de responsabilidad que asimilase la normativa con la de la LSC o la LODA.

ANEXO. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2016). El interés social y los deberes de lealtad de los administradores. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 213-236.
- CUSCÓ, M., & CUNILLERA, M. (2003). Comentarios a la nueva ley de fundaciones: ley 50/2002. *Dijusa - vLex*.

- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M. (1996). Los estatutos y su modificación. *Derecho privado y Constitución*, nº 8, 45-118.
- DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*. Tecnos.
- ESTEBAN MONASTERIO, I. (2014). Responsabilidad de los patronos por deudas o insolvencia de la Fundación. *Actualidad civil*, nº 3, 266-283.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2013). Eficacia e ineficacia del autocontrato. *Anuario de derecho civil*, 66, 985-1043.
- FONT BOIX, M. J., & LLORENS MARTÍNEZ, E. (2015). *Responsabilidad de los patronos por conflicto de intereses en las fundaciones*. Bosch.
- GARCÍA ÁLVAREZ, B. (2012). Los códigos de buen gobierno corporativo en las entidades sin ánimo de lucro: en especial en las fundaciones. *Oñati socio-legal series*, 24-52.
- GIL DE CAMPO, M. (2010). *Concepto, constitución y extinción de las fundaciones*. CISS.
- LA CASA GARCÍA, R. (2006). Apuntes sobre el concurso de las fundaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 5, 149-174.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F. (2006). La Ordenación Legal de Las Fundaciones. *La ley*, 35.
- MARIMÓN DURÁ, R., & OLAVARRÍA IGLESIA, J. (2008). Artículo 17. Responsabilidad de los patronos. En J. OLAVARRÍA IGLESIA, *Comentarios a la Ley de Fundaciones* (págs. 424-453). Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, A. (2014). La retribución de los patronos de las fundaciones. En A. EMPARANZA SOBEJANO, *Nuevas orientaciones en la organización y la estructuración jurídica de las fundaciones* (pág. 116). Marcial Pons.
- MARTÍNEZ TAPIADOR, A. (2017). Régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones. *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 10, 57-91.
- MATO PACÍN, M. N. (2010). Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de septiembre de 2009: responsabilidad de patronos frente a terceros. *Anuario de Derecho de Fundaciones*, nº 1, 507-528.
- MATO PACÍN, M. N. (2017). La reversión de los bienes fundacionales: una cuestión controvertida. En *Estudios Jurídicos: Liber Ami-*

- corum en honor a Jorge Caffarena* (págs. 539-561). Colegio de Registradores.
- MONTES SEBASTIÁN, B. (2020). Técnicas de Compliance en las Fundaciones. En *Guía práctica de compliance en el sector público*. El Consultor de los Ayuntamientos.
- OREJAS CASAS, J. A. (2018). La organización y dirección de las Fundaciones. *CIRIEC- España Revista Jurídica*, nº 32.
- OREJAS CASAS, J. A. (2019). Buen gobierno y responsabilidad de los patronos en las Fundaciones. *Actualidad Civil*, nº 1.
- POUS DE LA FLOR, M. P., LEONSEGUI GUILLOT, R. A., & DEL RÍO COBIÁN, E. (2017). *Gestión y administración de Fundaciones*. Tirant lo Blanch.
- QUEROL GARCÍA, M. T. (2008). *Régimen jurídico de las Fundaciones*. CISS.
- RODRÍGUEZ PINTO, M. S. (2002). Los principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de intereses en la representación. *Anuario de derecho civil*, 4, 1751-1766.
- RUIZ JIMENEZ, J., & TEJEDOR MUÑOZ, L. (2017). El Gobierno de la Fundación. En P. D. FLOR, M. P., & E. DEL RÍO COBIÁN, *Gestión y administración de las Fundaciones* (págs. 26-42). Tirant lo Blanch.
- SERRANO CHAMORRO, M. E. (2019). *El ejercicio del cargo de patrono en las Fundaciones*. Aranzadi Thomson Reuters.
- SERRANO GARCÍA, I. (2007). El patronato. En J. M. BENEYTO PÉREZ, *Tratado de Fundaciones, vol. I*. Bosch.
- SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, nº 7640.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE LA PERSONA JURÍDICA

AUTHORSHIP AND PARTICIPATION IN THE CRIMINAL LIABILITY OF A LEGAL ENTITY

JOSE MARÍA AYALA DE LA TORRE

Abogado del Estado en excedencia.
Socio director de AYALA DE LA TORRE

Sumario: *I. De la responsabilidad penal de la persona jurídica al delito corporativo. II. Autoría y participación en el delito de la persona jurídica.*

Resumen: El delito de la persona jurídica, basado en el principio de responsabilidad por hecho propio o autorresponsabilidad, requiere la concurrencia de un *presupuesto*: la comisión de un delito de los expresamente previstos en el Código como susceptibles de originar responsabilidad penal a la persona jurídica por las personas físicas mencionadas en el artículo 31 bis del Código Penal; y de un *fundamento*: el incumplimiento del debido control por la persona jurídica, ya sea por inexistencia de un sistema de prevención de delito, ya sea por la tenencia de uno ineficaz habida cuenta de las circunstancias del caso. Por ello el concepto de autor del delito corporativo tiene una doble vertiente: por un lado, la persona física que comete el hecho delictivo (el presupuesto del delito corporativo) y por otro la persona jurídica que incumple el debido control (fundamento).

En virtud de dicha configuración y atendiendo al principio de legalidad de los artículos 9 y 25 de la CE, en relación con el artículo 31 bis del Código Penal, no hay delito corporativo (por falta de tipicidad) cuando alguna de las personas físicas a que se refiere el referido precepto penal participa como inductor, cooperador necesario o cóm-

plice en el delito de un tercero. En cambio, es perfectamente posible la participación de un tercero (como inductor, cooperador necesario o cómplice) en el delito de la persona jurídica, sobre la base de las reglas generales de participación de los artículos 28 y 29 del Código Penal.

Palabras clave: Responsabilidad penal de la persona jurídica, delito corporativo, autoría y participación de la persona jurídica, presupuesto y fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Abstract: The corporate criminal liability, based on the principle of accountability for one's own actions or self-responsibility, requires the fulfillment of a *prerequisite*: the commission of a crime explicitly listed in the Penal Code as susceptible to causing criminal liability for the legal entity due to the actions of the natural persons mentioned in Article 31 bis of the Penal Code; and a *basis*: the failure to exercise proper control by the legal entity, either due to the absence of a crime prevention program or due to the existence of an ineffective program given the circumstances of the case. Thus, the concept of the perpetrator of a corporate crime has a dual aspect: on the one hand, the natural person who commits the criminal act (the prerequisite for corporate crime) and, on the other hand, the legal entity that fails to exercise proper control (the basis).

In accordance with this configuration and considering the principle of legality as established by Articles 9 and 25 of the Spanish Constitution, in relation to Article 31 bis of the Penal Code, there is no corporate crime (due to lack of typicity) when any of the natural persons referred to in the aforementioned legal provision participates as an instigator, necessary collaborator, or accessory in the crime of a third party. In contrast, it is perfectly possible for a third party (as an instigator, necessary collaborator, or accessory) to participate in the crime of a legal entity, based on the general rules of participation established in Articles 28 and 29 of the Penal Code.

Key words: Criminal liability of a legal entity, corporate crime, authorship and participation of the legal entity, Prerequisite and basis of the criminal liability of a legal entity.

I. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA AL DELITO CORPORATIVO

Decía Foucault que lo nuevo no está en lo que se dice, sino en el acontecimiento de su retorno. Por eso no decimos nada nuevo cuando afirmamos que la introducción en el ordenamiento jurídico español de la (mal llamada) responsabilidad penal de la persona jurídica supuso un cambio radical en una rama del Derecho, el Derecho Penal, muy apegada al campo de los hechos y, por consiguiente, a un concepto de autoría y participación exclusivo de las personas físicas y, por completo, ajeno a las jurídicas, universo penal donde la atribución de consecuencias jurídicas a sujetos distintos de las personas físicas no deja de ser una *verdad asentada en estructuras de ficción*, extrapolando la terminología *lacaniana*, propia del psicoanálisis, a la dogmática jurídico penal¹. Quizá por ello, como decía Borges, *lo sobrenatural, si se repite, deja de atemorizar*.

La primera cuestión que debía resolver el legislador español en 2010 al introducir en España el delito de la persona jurídica era la relativa a su naturaleza, existiendo posiciones diferenciadas en la doctrina y en el Derecho comparado:

i) Por un lado, el modelo vicarial de responsabilidad o de responsabilidad por transferencia o heterorresponsabilidad, conforme al cual el delito cometido por una persona física que forma parte de la organización, cuando lo hace en nombre y en beneficio de la misma, conlleva de forma automática la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica. Y ello con independencia de que la organización a la que se impute el delito tenga un sistema de prevención penal (Plan de prevención o *corporate compliance program*) eficaz o carezca del mismo, dado que lo relevante para atribuir responsabilidad penal (para derivar la responsabilidad hacia la corporación) a la persona jurídica no es la ausencia de medidas de prevención, sino el hecho de formar parte integrante de la organización a la que se imputa responsabilidad la persona física que comete el delito por cuenta o en nombre y en beneficio de la misma. Es el modelo que rige en Estados Unidos y, como decimos, se basa en la *agency relationship*: el principal debe

¹ Incluso hoy día un cierto sector de la doctrina sigue empeñado en tratar de desprestigiar la existencia del delito de la persona jurídica calificándola de mera ficción, ficción que, sin embargo, como decía Derrida, es más poderosa de que la verdad de la que es capaz; ficción de la que sólo nos ocupamos cuando tenemos que recurrir a ella, como indica acertadamente Vila Matas. Sin embargo, todas estas críticas son tan legítimas como superfluas dado que el delito de la persona jurídica es, sencillamente, una realidad incuestionable.

responder por los actos del agente. En este sistema, el hecho de que la entidad disponga de un *corporate compliance program* no la exime² de responsabilidad penal si la entidad es llevada a juicio, dado que el modelo vicarial presupone la ajenidad a toda idea de culpabilidad de la propia organización.

ii) Por otro lado, el modelo de culpabilidad de la propia organización, responsabilidad por hecho propio o autorresponsabilidad, en el que la esencia de la responsabilidad es la ausencia de un sistema de control adecuado que impida la comisión de delitos en la organización, modelo que es más acorde a las nociones de cultura de cumplimiento y de *buen ciudadano corporativo*.

La diferencia entre ambos sistemas tiene consecuencias prácticas de índole procesal trascendentales: mientras que en el sistema vicarial a la defensa de la persona jurídica le corresponderá acreditar que cumplió con sus deberes de supervisión, vigilancia y control, en el sistema de autorresponsabilidad o de responsabilidad por hecho propio será labor propia de la acusación demostrar que la persona jurídica no ha cumplido con dichos deberes de debido control (ya sea por no disponer de un Plan de Prevención de Delito, ya sea por disponer de uno que no sea eficaz para prevenir delitos).

Pues bien, desde el año 2016, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado por un modelo de autorresponsabilidad, exigiendo a las acusaciones la prueba de la ausencia o ineficacia de los sistemas de control de la persona jurídica. Así se indicaba en la primigenia sentencia 154/2016, de 29 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al indicar que:

si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida «cultura de cumplimiento» que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la

² Aunque no la exima de responsabilidad, el hecho de que la compañía disponga de un sistema de prevención de delito eficaz tiene capital importancia en el modelo norteamericano, donde los acuerdos entre Fiscalía y defensa son la forma más habitual de terminación de los procedimientos penales (ya sea en forma de acuerdo de terminación del procedimiento con reconocimiento de los hechos o *plea guilty*, ya sea en forma de no acusación por parte de la Fiscalía a cambio del cumplimiento de ciertas condiciones o *non prosecution agreement* o acusación y petición por Fiscalía de la suspensión del procedimiento como contrapartida del cumplimiento de las referidas condiciones o *deferred prosecution agreement* o, directamente, la no acusación de Fiscalía o *declination letter*) y se supeditan al cumplimiento de una serie de requisitos entre los que siempre está la disposición de un modelo de *corporate compliance* eficaz.

sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial.

Esta doctrina no deja de ser una especificación de los principios básicos de nuestro sistema jurídico, que recoge por ejemplo el artículo. 6.1 de la Directiva (UE) 2016/343 al establecer que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Así ha sido entendido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia 871/2023 de 23 noviembre, cuando señala que *«un consolidado cuerpo de doctrina ha considerado que el principio acusatorio impone la carga de la prueba a la acusación»*, y que *«se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa»* (STS 164/2019, de 27 de marzo).

Por ello, sentencias del Tribunal Supremo como la 747/2022, de 27 de julio de 2022, han sostenido que nuestro sistema jurídico descansa sobre el principio de autorresponsabilidad de las personas jurídicas:

Se dice que la sanción a la persona jurídica se funda en la ausencia de un sistema interno de prevención eficaz. Eso ha permitido hablar a la jurisprudencia de un delito corporativo y establecer un fundamento diferenciado de la sanción, así como hablar de autorresponsabilidad.

Para apreciar dicha responsabilidad de la persona jurídica debe constatarse la comisión de un delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica (presupuesto de la responsabilidad) y que la persona jurídica haya incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos (fundamento de la responsabilidad). En este sentido, diferenciando la imputación de la persona jurídica y de la persona física que ha realizado el concreto acto, la Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo, indica que:

«El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva

en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa»³.

Precisamente por ello el Tribunal Supremo dio un paso más en la Sentencia 221/2016 de 16 de marzo al hablar directamente de «delito corporativo», en el que el juicio de autoría de la persona jurídica exige a la acusación no sólo probar la comisión del hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el 31 bis, dado que *el desafío probatorio del Ministerio Fiscal no puede detenerse ahí por impedirlo nuestro sistema constitucional*, sino que debe acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual ha sido realidad *por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica*. En definitiva, dice la sentencia citada, no es posible hablar de una responsabilidad penal de la persona jurídica pero no de un delito de la persona jurídica, dado que *no hay responsabilidad penal sin delito precedente*.

El sistema originario de responsabilidad de la persona jurídica, donde la carga de la prueba corresponde a las acusaciones, en cambio, se ha visto enturbiado por la aplicación práctica de la norma por nuestros Tribunales, que ha acabado por desdibujar el sistema hasta convertirlo en un modelo de responsabilidad vicarial. Prueba de este cambio de rumbo es la reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 298/2024, de 8 de abril, que, partiendo de la base de que la distinción dogmática entre la responsabilidad vicarial y el sistema de responsabilidad por hecho propio o culpabilidad de la propia organización carece de relevancia práctica⁴, opta de facto por el modelo vicarial o de heterorresponsabilidad en el que corresponde a la persona jurídica probar que dispone de un plan de prevención eficaz, dado que según

³ Es importante indicar aquí que el Tribunal Supremo considera, a la hora de fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, que el tamaño importa, al afirmar en la sentencia 894/2022, de 11 de noviembre que:

[P]ara hablar del fundamento de esa responsabilidad exigible a la persona jurídica por su propio delito, es preciso partir de la constatación de algún defecto estructural en los mecanismos de prevención y control que le fueran exigibles por razón de su organización tendentes a los fines a que se orienta su actividad, y ello porque la responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa, de manera que cabrá hablar de imputabilidad respecto de aquéllas que presenten un cierto grado de complejidad, con la consecuencia de que no todas las personas jurídicas serán imputables, sirviendo de apoyo, de alguna manera, para esto que decimos el distinto tratamiento que en orden a las funciones de supervisión se establecen en el propio art. 31 bis CP para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, en comparación con los mecanismos de compliance propios de las de mayor complejidad

⁴ Llegando a calificar de bizantina una discusión (la de si estamos ante un modelo vicarial o ante uno de responsabilidad por hecho propio) de indudables y trascendentes consecuencias prácticas.

dicha sentencia, si la persona jurídica»*se abstiene de proponer prueba alguna al respecto y no realiza ni siquiera el amago de aportar un plan de cumplimiento y o demostrar que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el Código penal, será legítimo entender acreditado que no exista tal plan de cumplimiento»; añadiendo más adelante que «no parece que el derecho de defensa quede erosionado porque las acusaciones no hiciese constar en sus escritos que no reinaba en esas empresas una cultura de cumplimiento. Si no se dice nada y se acusa a la sociedad, esa negación (que no afirmación) está implícita. A cualquier jurista, por poco familiarizado que esté con el derecho penal le bastará leer el artículo 31 bis para deducir que si no se hace constar nada al respecto es que la acusación excluye esa causa exoneradora*

En esta última sentencia, que supone un importante cambio en la jurisprudencia existente hasta el momento, el Tribunal Supremo se inclina por entender que con el sistema de cumplimiento de la persona jurídica nos hallamos ante una causa exoneradora de responsabilidad cuya prueba compete al acusado, contradiciendo, como decimos la tesis consolidada según la cual la existencia de los modelos de prevención forma parte de los elementos del tipo y no de la culpabilidad, siendo así que *la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integra el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física* (Sentencia del tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero).

En todo caso, en nuestro sistema para que exista responsabilidad penal de la persona jurídica no basta con la comisión de un delito por una persona de la organización, sino que debe concurrir un *presupuesto* (delito cometido en beneficio de la persona jurídica por sus directivos o administradores o por empleados o personas que se hallan bajo la dependencia de aquellos) y un *fundamento* (incumplimiento del debido control, es decir, el incumplimiento por parte de las personas jurídicas de la obligación de adoptar, antes de que cometa el delito cometido la persona física, medidas idóneas de prevención, vigilancia y control que reduzcan de forma significativa el riesgo de su comisión; o, desde un enunciado negativo, que no exista un programa de cumplimiento que se pueda considerar adecuado o eficaz en un juicio *ex ante*). Si no concurren ambos requisitos (fundamento y presupuesto), sencillamente no habrá responsabilidad penal de la persona jurídica precisamente por no existir delito de la persona jurídica⁵.

⁵ Lo contrario (es decir, hablar de responsabilidad penal sin delito previo) abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal, como acertadamente dice la STS 221/2016 de 16 de marzo.

Por consiguiente, el presupuesto de atribución de responsabilidad penal opera en dos supuestos diferenciados: por un lado, los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto por sus *representantes legales o quienes individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de administración y control dentro de la sociedad*; y por otro, los delitos cometidos *en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas por empleados de la compañía o terceros que se relacionan con la misma cuando hayan podido cometer el delito por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las circunstancias del caso* (artículo 31 bis del CP).

II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE LA PERSONA JURÍDICA

Es autor quien realiza la acción típica, es decir, el sujeto que dirige, de propia mano, el acontecer del hecho típico. El artículo 28 del Código Penal establece que *son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*, señalando acto seguido que los inductores y los cooperadores necesarios *se consideran* asimismo autores, de modo que los cómplices no llegan a ser considerados autores (artículo 29 del Código Penal). Como dice MIR PUIG el autor es aquel sujeto que *se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen formas imperfectas de ejecución*.

En el caso de los delitos de las personas jurídicas podemos decir que el concepto de autor requiere distinguir dos vertientes: por un lado, una persona física que comete el hecho delictivo (el presupuesto del delito corporativo) y una persona jurídica que incumple el debido control (fundamento del referido delito de la persona jurídica). Pero donde puede hablarse en sentido estricto de autoría en el delito de la persona jurídica no es en el ámbito del presupuesto, sino en el fundamento y desde esa perspectiva puede afirmarse que:

i) El delito de la persona jurídica es un *delito común*⁶, que puede ser cometido, en línea de principio, por cualquier persona jurídica,

⁶ Con independencia que el delito subyacente, el que comete la persona física, sea un delito común o uno especial por fundamentarse en una previa infracción del deber de garante establecida en una norma extrapenal.

entendiendo por tal aquella que se encuentra en los supuestos del artículo 35 del Código Civil.

ii) Por consiguiente, pueden ser autores del delito desde luego: las asociaciones⁷, las fundaciones⁸, las sociedades civiles⁹, las sociedades mercantiles¹⁰, incluidas las sociedades mercantiles públicas¹¹.

iii) No pueden ser autores ciertas entidades que actuando en el tráfico no tienen personalidad, como las UTE o las sociedades ocultas¹².

iv) Tampoco pueden ser autores las sociedades unipersonales, dado que el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física (Sentencia del Tribunal Supremo 747/2022, de 27 de julio)¹³ ni las sociedades meramente instrumentales o pantalla, creadas para servir de instrumento en la comisión del delito, que si bien formalmente son personas jurídicas, materialmente carece del suficiente desarrollo organizativo para ser diferenciada de la persona física (Sentencia del Tribunal Supremo 833/2023, de 15 de noviembre).

v) No pueden serlo las entidades públicas territoriales: Estado, CCAA y Corporaciones Locales.

Mayor dificultad presenta el concepto de autor en lo referente al presupuesto del delito corporativo, dado que se trata de un delito cometido por una persona física que tiene relación con la jurídica. El 31 bis contempla dos supuestos:

⁷ Que adquieren personalidad jurídica con su constitución en escritura pública, sin que precisen de inscripción en el registro de asociaciones que tiene un efecto meramente publicitario, en base al artículo 22 de la CE.

⁸ Que adquieren personalidad con el otorgamiento de la escritura de constitución y la inscripción en el Registro de Fundaciones.

⁹ Que adquieren personalidad desde la celebración del contrato, artículo 1679 del CC.

¹⁰ Que adquieren personalidad con la escritura de constitución inscrita en el Registro Mercantil.

¹¹ Hasta la reforma de 2015, sólo podían cometer delito las sociedades mercantiles que no ejecutasen políticas públicas ni prestasen servicios de interés general, desde entonces también éstas pueden ser autoras del delito, si bien únicamente pueden ser sancionadas con pena de multa o de intervención en interés de los socios o de terceros.

¹² No tendrán personalidad las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de ellos contrate con terceros como si el asunto fuera personal suyo (artículo 1669 del CC).

¹³ En estos casos, como indica el Tribunal Supremo opera el principio de consunción, de modo que al castigar al responsable penal del delito se está contemplando y sancionando también la desidia e indiferencia por no prevenir sus propios delitos (STS 747/2022).

i) Los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio por sus representantes, administradores o quienes están autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización o control.

ii) Los delitos cometidos por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas anteriormente citadas han podido realizar el hecho por haber incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las circunstancias del caso. Se incluyen en este caso los delitos cometidos por empleados, pero también por terceros que estén sometidos a los directivos y administradores de la persona jurídica, como pueden ser proveedores, contratistas, subcontratistas. No se incluyen, por consiguiente, los terceros que se relacionan con la compañía pero sin estar sometidos a la autoridad de los directivos o administradores de ésta, como pueden ser clientes o asesores externos.

Por tanto, el delito de la persona jurídica requiere que la persona física que cometa el delito tenga una relación especial con la persona jurídica que delinque, ya sea por ser administrador o directivo, ya lo sea por ser empleado o tercero que se halle en relación de dependencia de la organización (por *estar sometido a la autoridad* de los administradores o directivos de la organización). No hay delito corporativo cuando el que comete el hecho no está en relación de subordinación o dependencia, y ello con independencia de que el delito beneficie a una persona jurídica de la que no forma parte el autor del delito. Sencillamente porque falta el presupuesto del 31 bis del CP.

Por consiguiente, es perfectamente posible participar en el delito de la persona jurídica, algo que sucederá tanto cuando se induzca a la persona física a cometer alguno de los delitos previstos en el CP en los términos del 31 bis del CP o se coopere en el hecho delictivo con ésta, como cuando se induzca o coopere con la persona jurídica a incumplir el debido control cuyo quebrantamiento es la esencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En estos casos, cuando el delito cometido por la persona jurídica sea un delito de infracción de deber (por estar la persona jurídica en posición de garante extrapeenal), la participación del tercero únicamente podrá serlo como *extraneus* y por consiguiente como inductor, cooperador necesario o cómplice, en ningún caso como coautor, pues el tercero no será nunca quien infrinja el deber. Es el caso del asesor fiscal que coopera con la persona jurídica como asesor externo en el fraude fiscal de ésta diseñando la operación de ocultación para eludir el pago de impuestos o

el del director financiero de la entidad que elabora (para su posterior formulación por las administradores de la misma) las cuentas de la misma falseando u ocultando la imagen fiel del patrimonio societario para perjudicar a terceros inversores que, de ese modo, se ven engañados e invierten en una compañía pensando que es solvente cuando no lo es.

En cambio, no resulta imaginable que la persona jurídica participe delictivamente (como inductor, cooperador necesario o cómplice) en el delito de otro, tanto si se trata de un delito común como si estamos ante un delito especial¹⁴. Ello por cuanto que el delito de la persona jurídica presupone la previa comisión de un delito por la persona física (el delito subyacente a que antes hemos hecho referencia y que es el presupuesto del delito corporativo) y no la simple participación delictiva de la persona física en el delito de otro, especialmente cuando nos encontremos ante delitos de infracción de deber donde no exista, por consiguiente, la posición de garante extrapenal en la persona física relacionada con la persona jurídica. Quiere decirse con ello que el tipo del 31 bis del Código Penal exige, para que haya delito corporativo, la previa comisión de un delito por las personas físicas que menciona el precepto y no la mera participación de las mismas en el delito cometido por otro, aun cuando ese delito cometido por un tercero en el que participan como *extraneus* las personas físicas mencionadas en el 31 bis beneficie directa o indirectamente a la persona jurídica. Sencillamente, la participación de la persona jurídica en el delito de otro es una conducta atípica desde la perspectiva del delito de la persona jurídica. La interpretación contraria, es decir, aquella que entendiéndose que hay delito corporativo cuando la persona física integrada en la jurídica participase en el delito de otro sería una interpretación extensiva de la norma contenida en el artículo 31 bis del Código Penal, interpretación que supondría una manifiesta extralimitación respecto del tipo legal vedada por el principio de legalidad de los artículos 9 y 25 de la CE, que al afectar

¹⁴ Como decimos, es perfectamente posible que un tercero participe en el delito de la persona jurídica, como ocurre con el asesor fiscal que diseña la operación para que la persona jurídica cometa delito fiscal, que será castigado como cooperador necesario del delito fiscal de ésta; pero no que la persona jurídica cometa delito corporativo por participar en el delito de otro: en el caso anterior, si el asesor fiscal que diseña el plan para que cometa el delito fiscal la persona jurídica A forma parte a su vez de una persona jurídica B que se beneficia por esta actuación, esta persona jurídica en que se integra el asesor fiscal (B) no cometerá delito corporativo por la participación del asesor en el delito fiscal de A.

a los derechos fundamentales básicos debiera tener protección vía amparo constitucional caso de no haberlo obtenido previamente en los tribunales ordinarios¹⁵.

¹⁵ Téngase en cuenta que no queda impune el comportamiento delictivo, la participación en el delito de otro, ya que la persona física que participa en el delito sí será castigada como cooperador necesario, cómplice o inductor; quien no puede serlo es la persona jurídica por no estar previsto en el 31 bis del CP el delito corporativo por la participación en el delito de otro, sino por la comisión de delitos por las personas en el mismo señaladas.

LA AGENCIA EUROPEA DE FRONTERAS Y COSTAS: PIEDRA ANGULAR DEL CONTROL DE LAS FRONTERAS EXTERIORES EUROPEAS

THE EUROPEAN BORDER AND COAST GUARD AGENCY: CORNERSTONE OF THE EUROPEAN EXTERNAL BORDER CONTROL

ANGELO CHIARIZIA¹

Doctorando de la Universidad Nacional de Educación a Distancia
(UNED)

Sumario: *I. Introducción: el camino hacia la creación de la Agencia Frontex. II. FRONTEx: estructura y recursos. II.A. Organigrama de la Agencia Frontex. II.B. El Consejo de Administración. II.C. El Director Ejecutivo. II.D. Las divisiones de Frontex. III. ¿Una nueva Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas? III.A. Las razones del cambio. III.B. La nueva estructura creada por el Reglamento (UE) 2019/1896. III.C. Las principales novedades. III.C.1. El ciclo estratégico plurianual para la gestión integrada de las fronteras exteriores. III.C.2. Capacidades: el Cuerpo Permanente. III.C.3. La integración de EURO-SUR en Frontex. III.C.4. La protección de los derechos humanos. 4. Ideas finales a modo de recapitulación.*

Resumen: Desde finales de los años 1990², la UE ha buscado desarrollar la llamada «dimensión exterior» de la cooperación en el ám-

¹ El autor está realizando su tesis doctoral que lleva por título *Challenges and Opportunities of the European Border Coast Guard Agency (Frontex) in Western Balkans. Case Study in the Republic of North Macedonia*, en el Programa de Doctorado de la Unión Europea (UNED).

² BOSWELL, C., «The 'external dimension' of EU immigration and asylum policy», *International Affairs*, Volume 79, Issue 3, May 2003, Pages 619–638.

bito de la migración y el asilo. Se trata de un intento de gestionar la inmigración mediante la cooperación con los países de origen y tránsito. Más allá del análisis de las políticas de fronteras, inmigración y asilo de la Unión Europea, estimamos necesario el examen de las herramientas técnicas y operativas que la Unión Europea tiene para implementar estas políticas de manera eficiente. Ese es el propósito de este trabajo.

Palabras clave: Cuerpo Permanente, Inmigración, Fronteras, Frontex, Unión Europea, Derechos Humanos

Abstract: Since the late 1990s, the EU has sought to develop the so-called ‘external dimension’ of cooperation in the area of migration and asylum. This is an attempt to manage migration through cooperation with countries of origin and transit. Beyond the analysis of the EU’s border, immigration and asylum policies, we consider it necessary to examine the technical and operational tools that the EU has to implement these policies efficiently. That is the purpose of this paper.

Keywords: Standing Corps, Immigration, Borders, Frontex, European Union, Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN: EL CAMINO HACIA LA CREACIÓN DE LA AGENCIA FRONTEX

El Espacio Schengen es considerado como un logro sobresaliente de la integración europea aunque inicialmente se creó fuera del marco europeo³. La idea detrás del Acuerdo de Schengen era que los estados miembros (EEMM) abolieran todas las restricciones en sus fronteras internas, permitiendo que personas y bienes circularan libremente entre los estados miembros. Desde el principio del proyecto quedó claro que esto traería nuevos desafíos, ya que esta libertad de movimiento beneficia no sólo a quienes participan en todo tipo de actividades legales, sino también para quienes tienen la intención de cometer actividades ilegales. Para reducir este riesgo, el foco del control fronterizo se fue desplazando de las fronteras interiores hacia las fronteras alrededor del Espacio Schengen⁴, implementándose, desde

³ HARTWIG, S., «Frontex: From Coordinating Controls to Combating Crime», *EUCRIM*, 02/2020, pp. 134 – 138. <https://eucrim.eu/articles/frontex-coordinating-controls-combating-crime/>.

⁴ MOSER, C., «A Very Short Introduction to Frontex – Unravelling the Trajectory of one of the EU’s Key Actors», *Verfassungsblog*. <https://verfassungsblog.de/a-very-short-introduction-to-frontex-unravelling-the-trajectory-of-one-of-the-eus-key-actors/>.

finales de la década de 1990, diversas medidas y fórmulas, en gran medida informales, de coordinar los controles fronterizos externos.

Inicialmente, como proyecto piloto, la UE estableció centros en cada país miembro para gestionar las fronteras terrestres, marítimas y aéreas, así como para realizar análisis de riesgos y capacitar a guardias fronterizos. Sin embargo, pronto se mostró evidente que debería haber una única organización que coordinara la implementación de esta política a nivel europeo, por lo que se decidió integrar todos estos centros en uno solo y crear un único órgano. Esta idea quedó reflejada en las conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla de los días 21 y 22 de junio de 2002, reunión en la que se destacó la necesidad de implementar una serie de medidas a corto plazo para crear una institución conjunta que asumiera todas las funciones de control fronterizo⁵.

Sin embargo, a pesar del acuerdo plasmado en las Conclusiones del Consejo de Sevilla (2002), lo cierto es que los Estados miembros se habían mostrado siempre reacios a delegar poderes a las instituciones europeas en el delicado ámbito de la gestión de fronteras. Fue la inminente adhesión de varios países de Europa del Este en 2004 lo que proporcionó el suficiente impulso político para la creación del nuevo «mecanismo europeo», ya que había preocupaciones sobre la capacidad de los futuros estados miembros de la UE para gestionar adecuadamente sus fronteras⁶. Como resultado, en octubre de 2004, se aprobó el Reglamento (CE) n° 2007/2004⁷ del Consejo por el que se creó la Agencia Europea para la Cooperación de Operaciones en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (comúnmente denominada «Frontex»), que inició sus operaciones en mayo de 2005.

⁵ Así, en las conclusiones 31 y 32, el Consejo Europeo, además de felicitar por los buenos resultados obtenidos por los distintos centros en esta materia, insta a la creación de un órgano único de gestión; en concreto, señala que «[e]l Consejo Europeo se congratula de la reciente aprobación del plan para la gestión de las fronteras exteriores de los Estados miembros, elaborado a partir de las tres iniciativas, que debería contribuir, entre otros objetivos, a un mejor control de los flujos migratorios, y pide que se cree sin demora, en el marco del Consejo, el órgano conjunto de expertos en fronteras exteriores, compuesto por los jefes de los servicios de control de fronteras de los Estados miembros y encargado de coordinar las medidas incluidas en dicho plan» (Conclusión 32); <https://www.consilium.europa.eu/media/20922/72639.pdf>.

⁶ LEONARD, S., «The Creation of FRONTEX and the Politics of Institutionalization in the EU External Borders Policy», *Journal of Contemporary European Research*, 5 (3), 2019, pp. 371-376.

⁷ Regulation (EC) 2007/2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, O.J. L 349, 26.10.2004.

En ese momento, la «securitización» de la migración ya estaba muy asentada, lo que significa que la inmigración ya no se veía principalmente como una cuestión de política social, sino más bien como perteneciente al ámbito de la política de seguridad. Las raíces de este desarrollo se remontan a la década de 1980, pero después de los ataques del 11 de septiembre de 2001, la inmigración se convirtió en un tema central en los debates públicos sobre el control fronterizo debido a su asociación con el crimen organizado y el terrorismo⁸. Este cambio de percepción se vio reforzado aún más por los ataques terroristas de Madrid (2004) y Londres (2005), tras los que surgió un consenso político respecto de que una de las claves para garantizar la seguridad dentro de la UE reside en controles fronterizos más estrictos⁹.

Una de las primeras decisiones de FRONTEX fue impulsar los programas ARGO y ENEAS, cuyo objetivo era evaluar el impacto de los diferentes proyectos en las políticas de inmigración europeas. El primer programa para desarrollar sería el llamado Programa ARGO¹⁰, cuyo objetivo era mejorar la cooperación administrativa en cuatro ámbitos: el control de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración¹¹, estableciéndose además las actividades a realizar en cada

⁸ HUYSMANS, J., «The European Union and the Securitization of Migration», *Journal of Common Market Studies*, 2000, Vol. 38 (5), p. 751; NEAL, A., «Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 47 (2), 2009, pp. 338–340.

⁹ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., «Security, Migrant flows, and Terrorism in the European Area of Freedom, Security and Justice», *Radicalism and Terrorism in the 21st Century. Implications for Security* (Ed. Sroka, A.; Castro-Rial, F. & Torres R.), Peter Lang, 2016, pp. 242-244; MITSILEGAS, V., «The Security Union as a Paradigm of Preventive Justice: Challenges for Citizenship, Fundamental Rights and the Rule of Law», *Constitutionalizing the Security Union* (Ed. S. Carrera and V. Mitsilegas), 2017, pp. 5–6.

¹⁰ El Programa ARGO fue adoptado por la Decisión del Consejo 2002/463/EC, de 13 de junio de 2002, por la que se adopta un programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (Programa ARGO).

¹¹ El artículo 3 de la Decisión 2002/463/EC, define los objetivos generales: «a) promover la cooperación entre los servicios nacionales en la aplicación de las normas comunitarias poniendo especial atención en concentrar recursos y establecer prácticas coordinadas y homogéneas; b) promover la aplicación uniforme del Derecho comunitario para armonizar las decisiones adoptadas por los servicios nacionales de los Estados miembros, evitando así disfunciones que puedan perjudicar el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia; c) mejorar la eficacia global de los servicios nacionales al aplicar las normas comunitarias en el desempeño de sus funciones; d) asegurar que se tiene plenamente en cuenta la dimensión comunitaria en la organización de los servicios nacionales que contribuyen a la aplicación de las normas comunitarias; e) fomentar la transparencia de las medidas adoptadas por los servicios nacionales mediante la consolidación

uno de estos cuatro «pilares»¹² y se diseñaban acciones concretas¹³ como: las acciones de formación, el intercambio de personal entre los EEMM, la utilización de bases de datos informatizadas y el intercambio de información, el desarrollo de buenas prácticas, la realización de acciones operativas conjuntas, el desarrollo de actividades en terceros países o la lucha contra la falsificación de documentos. En definitiva, este programa estaba enfocado a la homogeneización y armonización a la hora de aplicar los estándares europeos, es decir, que cualquier actuación desarrollada en cualquier parte de la frontera exterior de la UE se ajustase a los mismos protocolos independientemente del país donde se lleve a cabo.

Tras la ejecución del programa ARGO, se aprobó el Programa AENEAS¹⁴ que se dedicaba a la asistencia técnica y financiera a terceros países en el ámbito de la inmigración y establecía el plan de acción para los programas piloto de protección regionales¹⁵, en el marco del nuevo enfoque de la Unión Europea respecto del régimen de protección internacional, inspirados en la experiencia adquirida. Estos programas tendrían la función de fortalecer las capacidades de protección de las regiones y mejorar la situación de los refugiados a través de soluciones duraderas, a través de la repatriación, la integración in loco o el reasentamiento en un tercer país. Básicamente, lo que la Comisión quería era una mayor coordinación de las políticas de la UE en los ámbitos de los refugiados, la ayuda humanitaria y el desarrollo y ello teniendo en cuenta las necesidades de los diferentes países: 1) en las regiones de tránsito, donde sería necesario reforzar las capacidades en las fronteras sur y este de la UE para permitir una

de las relaciones entre éstos y las organizaciones competentes gubernamentales y no gubernamentales, nacionales e internacionales». <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002D0463>.

¹² Así, el artículo 4 se dedica a las actividades en el ámbito de las fronteras exteriores, el artículo 5 a las actividades en el ámbito de los visados, el artículo 6 a las actividades en el ámbito del asilo y el artículo 7 a las actividades en el ámbito de la inmigración. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002D0463>.

¹³ En el artículo 8 de la Decisión 2002/463/CE puede consultarse la lista de tipos de acciones a desarrollar, si bien el artículo 9 abre la puerta a otras acciones además de las expresamente incluidas en el artículo anterior. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002D0463>.

¹⁴ El Programa AENAS fue adoptado por la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre los Programas Regionales de Protección, COM (2005) 388 final, 1.9.2005. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0388>.

¹⁵ Estos programas se basaron en acciones ya existentes, en el marco del programa de asistencia técnica y financiera a favor de terceros países en el ámbito de la migración y el asilo (AENEAS), y el programa TACIS.

mejor gestión de la migración y ofrecer una protección adecuada a los refugiados y, 2) en las regiones de origen, donde sería esencial una estrecha colaboración con terceros países y una consulta directa con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). En definitiva, la Comisión, que sería responsable de la coordinación entre los Estados miembros y los países de origen, tránsito y primer asilo, quería que la cuestión de los refugiados y la protección se convirtiera en una prioridad política para los terceros países y los Estados miembros de la UE. La Comunicación sobre los Programas Regionales de Protección (COM(2005) 388 final) definió el contexto general en el que se implementarían los programas piloto, formuló recomendaciones sobre su alcance geográfico y contenido y esbozó el camino a seguir para integrar el enfoque de estos programas en las relaciones de la Comunidad con la región y los países¹⁶.

II. FRONTEX: ESTRUCTURA Y RECURSOS

Como ya se ha mencionado, la agencia Frontex se crea finalmente en el año 2004 a través del Reglamento (CE) 2007/2004, de 26 de octubre, como *Agencia Europea para la Gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores*. Vale la pena recordar que el presupuesto inicial de Frontex era modesto ya que se centraba en el objetivo de incrementar la cooperación y el apoyo a los Estados miembros para el control de fronteras fuera de la UE; sin embargo, este mandato limitado no interfirió para que sucesivas modificaciones normativas supusieran cambios estructurales de la Agencia, así como un aumento de competencias y tareas¹⁷.

¹⁶ La Comisión consideró que era prioritario un programa de acción en los Nuevos Terceros Países Independientes occidentales, en lo que respecta a las regiones de tránsito, y en el África subsahariana (Grandes Lagos/África Oriental), en lo que respecta a las regiones de tránsito, en lo que respecta a las regiones de origen. Los programas a desarrollar por AENEAS debían incluir las siguientes acciones: a) proyectos para mejorar la situación general en materia de protección en el país de acogida; b) proyectos destinados a establecer un procedimiento eficaz de determinación del estatuto de refugiado; c) proyectos con repercusiones directas y positivas sobre los refugiados; d) proyectos que beneficien a la comunidad local de acogida; e) proyectos destinados a proporcionar formación sobre cuestiones de protección a quienes trabajan con refugiados y migrantes; f) un sistema de registro basado en el proyecto Perfil, establecido por ACNUR; g) un compromiso voluntario de los Estados miembros para encontrar soluciones duraderas para los refugiados en su territorio. El reasentamiento de refugiados en los Estados miembros de la UE se consideraba esencial para reforzar el aspecto de cooperación de los programas.

¹⁷ HARTWIG, S., «Quo Vadis Frontex: Crossing the Fine Line Between Prevention and Repression?», *Verfassungsblog on matters Constitutional*, 04 February 2020, <https://verfassungsblog.de/quo-vadis-frontex-crossing-the-fine-line-between->

En 2007, a través del Reglamento (EC) 863/2007¹⁸ se produce el primer cambio del mandato de Frontex al ser autorizado a enviar «equipos de intervención fronteriza rápida» (RABITs) para ayudar a los Estados miembros que se enfrentasen a problemas con los inmigrantes que intentasen entrar ilegalmente en su territorio¹⁹. Años más tarde, a través del Reglamento (EU) 1168/2011²⁰, el mandato de Frontex volvió a modificarse lo que marcó la superación de la agencia como mecanismo de mera coordinación y que se incluye en la nueva regulación como objetivo transformar Frontex en una «Guardia de Fronteras Europea» que incluya un equipo de guardias de fronteras secundarios y tenga la capacidad de desplegarse ella misma²¹.

En 2013, la agencia recibió una nueva y poderosa herramienta para el control de fronteras mediante la creación del Sistema Europeo de Control de Fronteras (EUROSUR)²². EUROSUR se creó para acelerar la comunicación entre Frontex y los Estados miembros; el objetivo era «aumentar su comprensión de las condiciones y la capacidad de reacción en áreas externas»²³ mediante la recopilación de datos a nivel nacional y europeo²⁴. El área geográfica analizada por EUROSUR es muy amplia, ya que no sólo se centra en el espacio com-

prevention-and-repression/; JEANDESBOZ, J., «Reinforcing the Surveillance of EU Borders. The Future Development of Frontex and Eurosur», *Challenge Research Paper* No. 11, CEPS, August 2008; JORRY, H., «Construction of a European Institutional Model for Managing Operational Cooperation at the EU's External Borders: Is the FRONTEX Agency a decisive step forward?», *CEPS Challenge Paper*, Vol. 6, 2007, pp. 1-32; LEONARD, S., «EU Border security and migration into the European Union: FRONTEX and securisation through practices», *European Security*, Vol 19 (2), 2010, pp. 231-254; LEONARD, S., «The Creation of FRONTEX and the Politics of Institutionalization in the EU External Borders Policy», *op. cit.*, pp. 371-388; NEAL, A. W., «Securitization and risk at EU Border: The origins of Frontex», *op. cit.*, pp. 333-356.

¹⁸ Reglamento (CE) 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados. DOUE L 199/30, 31.7.2007.

¹⁹ Reglamento (CE) 863/2007, *op. cit.* (n. 13), Art. 1(1).

²⁰ Reglamento (UE) 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) No 2007/2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, DOUE L304/1, 22.11.2011.

²¹ Art. 3b (3) del Reglamento (UE) 2007/2004 modificado por el Reglamento (UE) 1168/2011, Art. 1 (6), *op. cit.* (n. 15).

²² Reglamento (UE) 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR), DOUE L 295/11, 6.11.2013.

²³ *Op. cit.* (n. 17), recital 1.

²⁴ Frontex, <https://frontex.europa.eu/intelligence/information-management/>

prendido dentro del territorio de la UE, sino que alcanza también a las llamadas «zonas fronterizas», definidas como «zonas geográficas fuera de los límites exteriores»²⁵. Los datos sobre esta importante área se recopilan utilizando métodos como sensores de movimiento, sistemas de comunicación para barcos e imágenes de satélite²⁶. La agencia utiliza datos e información recopilados a nivel nacional para crear paquetes de inteligencia que se comparten con los estados miembros²⁷.

El siguiente impulso decisivo se produjo durante la llamada «crisis migratoria» de 2015 ya que, ante la gran afluencia de personas que buscaban ingresar en Europa, los Estados miembros clamaban por un fortalecimiento de las fronteras que evitase entradas ilegales y mantuviese alejados a los terroristas y criminales de Europa. Se produce, así, un enfoque más «securitista» del control de fronteras tal y como se reflejó en la «Agenda Europea sobre Migración» (2015)²⁸, el «Plan de Acción de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes» (2015)²⁹ y la «Estrategia de la UE para la Seguridad Global» (2016)³⁰. Este último documento identificaba la migración como uno de los desafíos clave que enfrenta Europa en el campo de la política de seguridad³¹. En esencia, la migración y el control de fronteras han pasado a verse casi exclusivamente desde una perspectiva de seguridad, lo que influye claramente en la misión de Frontex y en el modo de trabajar de la agencia. Como consecuencia de todo ello, en 2016, la agencia fue objeto de una importante reforma a través de la que se le otorgaron nuevos poderes «ejecutivos»³². Una de las primeras propuestas de la Comisión establecía que la agencia debía estar lista para ser desple-

²⁵ Reglamento (UE) 1052/2013, op. cit. (n. 17), Art. 3 lit. g).

²⁶ Reglamento (UE) 1052/2013, op. cit. (n. 17), Art. 12(3).

²⁷ Reglamento (UE) 1052/2013, op. cit. (n. 17), Art. 6(1).

²⁸ COM (2015) 240 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European Agenda on Migration*, 13.5.2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240>

²⁹ COM (2015) 285 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. EU Action Plan against migrant smuggling (2015-2020)*, 27.5.2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0285>.

³⁰ EEAS, «Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe – A Global Strategy for the European Union's Foreign And Security Policy», http://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf

³¹ EEAS, op. cit. (n. 6), p. 27

³² Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo, DOUE L 251/1, 16.9.2016.

gada en el territorio de un Estado miembro a petición de la Comisión, independientemente de las necesidades de ese Estado, otorgando así a la Comisión «el derecho a intervenir»³³. Aunque esta idea particular no fue adoptada en el texto final del nuevo Reglamento, no obstante, el artículo 8.1 estableció una gama mucho más amplia de tareas, muchas de las cuales implicaban que FRONTEX pudiese adoptar una postura mucho más operativa que antes. Esta nueva tendencia se estableció mediante un cambio de nombre oficial al de Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas. Este cambio de nombre no debe confundirse, ya que el Reglamento (UE) 2016/399 «re-creará» una agencia con mayores competencias, pero sin poderes ejecutivos reales, la nueva regulación supondrá un mero «lifting» que representa una mejora mínima de la agencia³⁴.

Un nuevo conjunto de reformas se introdujo en 2019. Si bien la Comisión intentó revivir, aunque sin éxito, la idea del «derecho de intervención»³⁵, sí que logró aumentar los poderes de la Agencia considerablemente. Hoy en día, el catálogo de misiones de Frontex es tan exhaustiva que el legislador deben ha tenido que utilizar todas las letras del alfabeto para enumerar las diversas responsabilidades de la agencia³⁶. El cambio más importante ha sido la creación de un «cuerpo permanente» (standing corps) de hasta 10.000 miembros, que

³³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 2007/2004, el Reglamento (CE) n° 863/2007 y la Decisión 2005/267/CE, COM (2015) 671 final, Art. 18(1)

³⁴ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., «Gestión integrada de fronteras, FRONTEX y derechos fundamentales. ¿Un Nuevo escenario tras el Reglamento (UE) 2016/1624?», *La Unión Europea y la Protección de los Derechos Fundamentales* (Dir. A. M. Salinas de Frías & E. J. Martínez Pérez), Tirant Loblanch, 2018, p. 415; FABRIZI-RACINE, N., «Frontex, nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes: Des données et des hommes», *La Revue des droits de l'homme*, 2017, <http://revdh.revues.org/3037> (consultada 15 de marzo de 2024), p. 1 y 5; PRESTA NOVELLO, D., «The EU response to migration pressures: the challenge of getting back to Schengen, the future management of the EU's external borders and Turkey's role», 2016, <https://www.iedonline.eu/publications/2016/schengen-reseach-papers.php>.

³⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas por el que se derogan la Acción Cmún n° 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n° 1052/2013 del Pralmento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento y del Consejo, COM (2018) 631 final, Art. 43(1).

³⁶ Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n° 1052/2013 y (UE) 2016/1624, DOUE L 295/1, 14.11.2019, 1, Art. 10(1)). Vid. ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «Reglamento 2019/1896/UE sobre la guardia europea de fronteras y costas ¿Frontex 3.0?», *Documento Opinión 111/2019*, 2 de diciembre 2019, www.ieee.es; FERNÁNDEZ ROJO, D., *EU migration agencies. The operation and cooperation of FRONTEX, EASO and EUROPOL*, Edward

permitirá a Frontex actuar de forma más independiente³⁷. Además, EUROSUR ha sido formalmente incluido en regulación de Frontex³⁸.

Estos importantes cambios han transformado a Frontex casi hasta dejarla irreconocible. La pequeña agencia a la que se atribuía funciones de coordinación de la cooperación y el apoyo de los Estados miembros, se ha convertido en un actor poderoso con un amplio mandato y con sustanciales capacidades operativas. De este modo, la agencia ha abandonado su papel entre bastidores convirtiéndose en el centro de las operaciones de gestión de fronteras en Europa.

En su origen, la lucha contra la delincuencia no se consideró como una de las competencias de Frontex, por la reticencia de los Estados miembros a transferir sus competencias en este ámbito. Sin embargo, el fortalecimiento del mandato de la agencia realizado por el Reglamento 2016/1624 afectará no sólo a áreas estrechamente relacionadas con su función principal de coordinar el control de fronteras, como la repatriación, sino que abrirá nuevas oportunidades de actuación para la agencia. Así, esta transferencia «indirecta» de tareas relacionadas con la lucha contra el crimen organizado implica que la «Guardia Europea de Fronteras y Costas» se encuentre «comprometida a resolver delitos transfronterizos graves»³⁹. La última actualización de la agencia a través del Reglamento 2019/1896 lo expresa en términos aún más tajantes al afirmar que la agencia debe contribuir a la «lucha contra la delincuencia transfronteriza»⁴⁰. Además de este lenguaje contundente, la definición del término «crimen transfronterizo» también se amplió para incluir delitos en grado de tentativa⁴¹. Todo esto demuestra que la lucha contra la delincuencia ha pasado de ser una función solo indirectamente relacionada con Frontex a ser uno de sus principales objetivos. Esto se refleja en la autodescripción de sus misiones en su sitio web. La «Operación Themis», por ejemplo, se describe como «un enfoque mejorado en el cumplimiento de la ley», concentrándose en actividades que van desde la incautación de drogas y armas hasta la recopilación de inteligencia sobre traficantes de personas y redes criminales⁴². Gran parte de la contribución de la

Elgar, 2021; HARTWING, S., «Frontex: from coordinating controls to combating crime», op. cit., pags. 134-138.

³⁷ Reglamento (UE) 2019/1896, op. cit. (n. 26), Art. 5(2).

³⁸ Reglamento (UE) 2019/1896, op. cit. (n. 26), Art. 18.

³⁹ Regulation (EU) 2016/1624, op. cit. (n. 23), Art. 1.

⁴⁰ Reglamento (EU) 2019/1896, op. cit. (n. 26), Art. 1. Vid. S. HARTWING, «Frontex: from coordinating controls to combating crime», op. cit.

⁴¹ Reglamento (UE) 2019/1896, op. cit. (n. 26), Art. 2(12)

⁴² Frontex, <https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/main-operations/operation-themis-italy/>

agencia a la lucha contra el crimen no se produce individualmente sino en colaboración con otros actores en este área⁴³. La «securitización» de las operaciones de gestión de fronteras ha dado lugar a que muchos las consideren un sector de seguridad; por lo tanto, los datos recopilados en estas actividades se consideran recursos valiosos que se pueden ser utilizados con fines de seguridad⁴⁴.

Esta nueva visión implica que Frontex pueda aportar muchos beneficios en el ámbito de la seguridad, especialmente a través de la información recopilada a través de EUROSUR y ello porque, aunque el Reglamento de EUROSUR es independiente del Reglamento de Frontex, al recaer la responsabilidad de gestionar el sistema de vigilancia en Frontex, supone colocar a EUROSUR directamente bajo su autoridad. Uno de los objetivos de esta nueva herramienta en manos de Frontex es ayudar a «encontrar, detener y luchar contra los inmigrantes ilegales y la delincuencia transfronteriza»⁴⁵. Un ejemplo notable es la cooperación entre Frontex y Europol, cuyo primer acuerdo de cooperación data de 2008. Curiosamente, si bien este «Acuerdo de Cooperación Estratégica» impidió explícitamente el intercambio de datos personales, centrándose en el intercambio de «información estratégica y técnica», ya contenía disposiciones que normalmente están reservadas para acuerdos que autorizan el intercambio de información personal⁴⁶. A este acuerdo inicial le siguió en 2015 un Memorando de Entendimiento, que detalla la mayor cooperación entre las dos organizaciones, no limitándose la comunicación entre las agencias a la «información estratégica y técnica», sino que, en lugar de ello, Frontex proporcionará a Europol la información recopilada a través de EUROSUR, así como los datos personales de las personas sospechosas de participar en actividades delictivas transfronterizas⁴⁷. En este contexto, los directores ejecutivos de Frontex y Europol firmaron la *Declaración de términos de cooperación entre Europol y Frontex* en 2018. El documento enfatiza la importancia de fortalecer el

⁴³ Reglamento (EU) 2019/1896, op. cit. (n. 26), Art. 10(1) lit. q)

⁴⁴ MITSILEGAS, V., «The law of the border and the borders of the law», *Rethinking Border Control for a Globalizing World* (Ed. L. Weber), 2015, pp. 18–19.

⁴⁵ Reglamento (UE) 1052/2013, op. cit. (n. 17), Art. 1.

⁴⁶ BOEHM, F., *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice*, Springer, 2012, pp. 334–335.

⁴⁷ Agreement on Operational Cooperation between the European Police Office («EUROPOL») and the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, <https://www.europol.europa.eu/agreements/frontex> accessed 31.5.2020, Art. 8(1); 9(1).

trabajo conjunto⁴⁸. Como reflejo del mayor papel de Frontex en aquel momento, la agencia ya no pretende aportar sus conocimientos, sino poner «pies en el terreno» para combinar los esfuerzos en la lucha contra la delincuencia de ambos socios.

Pero esta no es la única colaboración realizada por Frontex ya que desde 2018, la agencia también participa en el «Equipo de Información Criminal», un proyecto piloto en el marco de la «Operación Sofía» de Seguridad y Defensa Común del Mediterráneo (PCSD)⁴⁹. El proyecto también incluye a Europol y busca vincular los esfuerzos de prevención del delito de los actores de la PCSD y el Justicia e Interior, por lo que «proporcionará una plataforma para aprovechar al máximo las capacidades únicas de las agencias para desarticular las redes criminales». Pero además, Frontex también contribuye proporcionando inteligencia a sus socios y sus capacidades operativas⁵⁰. La «Operación Sofía» finalizó en marzo de 2020, pero la participación de la agencia en operaciones conjuntas no ha cesado, ya que Frontex participa actualmente en el proyecto de seguimiento de la «Célula de información sobre delitos» «Irimi»⁵¹.

En definitiva, tras de la «crisis migratoria», la dirección política en Europa ha cambiado drásticamente y los líderes europeos se han vuelto más agresivos en materia migratoria⁵². En este contexto político, fue posible el incremento de competencias y recursos de Frontex. El mandato y el poder ampliados no sólo hicieron que Frontex fuera más eficiente, sino que también hicieron que sus operaciones fueran más representativas. Hoy en día, la agencia ha ido más allá de una función de coordinación y apoyo y ahora participa en actividades que van desde deportaciones hasta lucha contra el crimen⁵³.

⁴⁸ Europol, <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/statement-of-principles-for-collaboration-between-europol-and-frontex>

⁴⁹ <https://www.operationsophia.eu/>

⁵⁰ Operation Sophia, <https://www.operationsophia.eu/wp-content/uploads/2018/07/Crime-Information-Cell-activation-5-July-20178.pdf> accessed 31.5.2020.

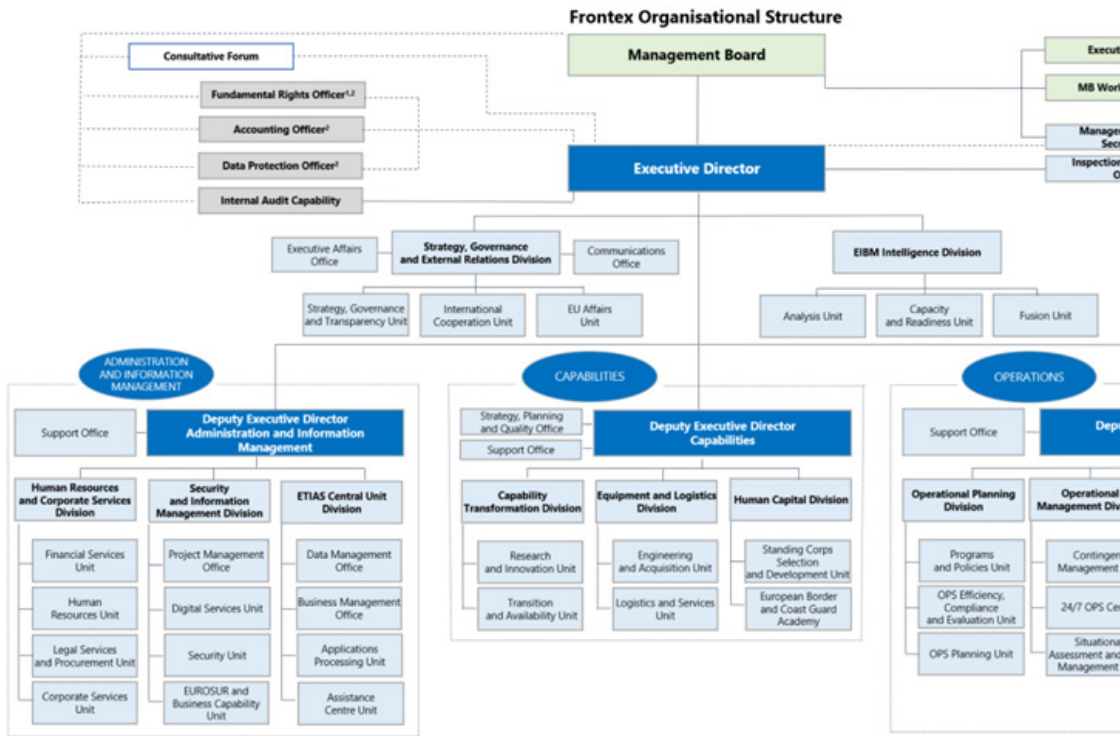
⁵¹ Council Decision (CFSP) 2020/472 on a European Union military operation in the Mediterranean (EUNAVFOR MED IRINI), O. J. L 101, 1.4.2020, 4, Art. 10(4)

⁵² Hartwig, S., op. cit. (n. 12).

⁵³ RUSSO, A. & STAMBØL, E. M., «The external dimension of the EU's fight against transnational crime: Transferring political rationalities of crime control», *Review of International Studies*, 2022, 48 (2), pags. 326-345.

Este «giro represivo» constituye un gran problema dado que la mayoría de las personas involucradas o afectadas por las operaciones de FRONTEX no son delincuentes, sino personas que realmente necesitan ser protegidas. Además, el problema se agrava porque la mayor

TABLE: FRONTEX ORGANIZATION CHART 2024



- function with a certain degree of independence
 1 - the reporting line from the Fundamental Rights Officer to the Executive Director is exclusively related to the delegation of the authorising officer's competences for the financial management in line with the applicable financial framework
 2 - each officer is supported by an office he/she is head of

Source: Frontex

parte del trabajo de Frontex ahora se lleva a cabo en áreas sensibles en términos de garantía de los derechos humanos y fundamentales, por lo que se hace necesario un escrutinio intenso de sus actividades⁵⁴. Sin embargo, es lamentable que el continuo crecimiento de sus poderes no haya ido acompañado de mayores esfuerzos para responsabilizar a la OIEA. Para mejorar esta situación, es esencial comprender y desarrollar mecanismos apropiados de rendición de cuentas.

⁵⁴ GKLIATI, G. «The new European Border and Coast Guard: Do increased powers come with enhanced accountability?», *EU Law Analysis*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/04/the-new-european-border-and-coast-guard.html>

Frontex puede desempeñar un papel importante en los esfuerzos de la UE para luchar contra la delincuencia, pero su papel eficaz debe ir acompañado de un seguimiento exhaustivo.

II.A. Organigrama de la Agencia Frontex⁵⁵

Para el desarrollo de todas las acciones encomendadas en el Reglamento a Frontex, se dotó a la Agencia de un organigrama adaptado a sus funciones, creándose, más allá del nivel directivo, doce grandes divisiones⁵⁶. De todas ellas, la que sería más relevante es la división de operaciones porque es la responsable de la implementación directa de los planes operativos para enfrentar la inmigración irregular en primera línea.

II.B. El Consejo de Administración

El Consejo de Administración⁵⁷ es el máximo órgano de gobierno y está compuesto por representantes de las autoridades fronterizas nacionales de los 27 Estados miembros de la UE, los 4 miembros asociados del Espacio Schengen (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza) y dos representantes de la Comisión Europea. De estos, los representantes de los 23 Estados miembros de la UE signatarios del acervo de Schengen, Bulgaria, Chipre, Rumania y la Comisión Europea tienen plenos derechos de voto. Por su parte, los Estados asociados participan en las reuniones del Consejo de Administración de la agencia, pero sus representantes conservan derechos de voto limitados. Un representante de Irlanda (que mantiene la opción de no participar en el Acuerdo de Schengen) también está invitado a participar en las reuniones del Consejo de Administración, pero no tiene derecho a voto. Las reuniones del Consejo de Administración son convocadas por su presidente y se celebran cinco veces al año.

⁵⁵ <https://www.frontex.europa.eu/about-frontex/who-we-are/structure/>

⁵⁶ 1. División de Gobernanza Estratégica y Relaciones Externas; 2. División de Inteligencia de la Gestión Europea Integrada de Fronteras (EIBM); 3. División de Planificación Operativa; 4. División de Gestión Operativa; 5. División de retorno; 6. División de Apoyo Operativo; 7. División de Recursos Humanos y Servicios Corporativos; 8. División de Seguridad y Gestión de la Información; 9. División de la Unidad Central ETIAS; 10. División de Transformación de Capacidades; 11. División de Equipamiento y Logística; 12. División de Capital Humano.

⁵⁷ <https://www.frontex.europa.eu/about-frontex/management-board/>

II.C. El Director Ejecutivo

La Comisión Europea propone candidatos para el puesto en un anuncio oficial de vacante publicado en el Diario Oficial de la UE al que puede postularse cualquier alto funcionario de un país miembro. El director ejecutivo será designado por decisión de la mayoría de dos tercios del Consejo de Administración basándose en la valoración de sus méritos y capacidades demostradas en los ámbitos administrativo y de gestión, así como su experiencia en la gestión de fronteras exteriores.

El Director Ejecutivo, cuyo mandato es de cinco años, renovable una sola vez, podrá estar asistido por tres Directores Ejecutivos Adjuntos, que serán designados por el Consejo de Administración a propuesta del Director Ejecutivo. Tanto los directores ejecutivos como los Adjuntos pueden ser removidos a través del mismo procedimiento por el Consejo de Administración.

Las atribuciones principales del Director Ejecutivo son⁵⁸: 1. Gestionar la Agencia Frontex con independencia de cualquier gobierno; 2. Preparar y ejecutar las decisiones, programas y acciones aprobadas por el Consejo de Administración; 3. Adoptar las disposiciones necesarias para garantizar el funcionamiento de la Agencia de conformidad con lo dispuesto en su Reglamento; 4. Elaborar un proyecto de programa de trabajo, así como un informe de actividades y presentarlos al Consejo de Administración; 5. Ejercer facultades respecto del personal de la Agencia; 6. Elaborar un presupuesto de ingresos y gastos de la Agencia, así como ejecutar el presupuesto asignado. Puede delegar alguna de sus facultades en otros miembros de la Agencia.

El Director Ejecutivo será responsable de sus actuaciones ante el Consejo de Administración y podrá además ser invitado por el Parlamento Europeo y el Consejo a informar sobre el desempeño de sus funciones.

II.D. Las Divisiones de Frontex⁵⁹

Las divisiones ayudan a la dirección ejecutiva en el desempeño de sus tareas bajo la orientación, dirección e instrucciones del respectivo miembro de la dirección ejecutiva de acuerdo con el área de responsabilidad asignada. Las Divisiones tienen las siguientes funciones:

⁵⁸ Reglamento (UE) 2019/1896, op. cit., artículo 106.

⁵⁹ <https://www.frontex.europa.eu/about-frontex/who-we-are/structure/>

- Asistir a la dirección ejecutiva en el desarrollo, comunicación e implementación de objetivos estratégicos en su área de responsabilidades, en la implementación del mandato de Frontex y la gestión de los cambios relacionados;
- Actuar como superior inmediato de los mandos intermedios, dirigiendo y supervisando las actividades generales de la división;
- Coordinar actividades en su ámbito de responsabilidades en estrecha cooperación con otras entidades de Frontex;
- A nivel de división, garantizar la alineación de los recursos humanos y financieros con los objetivos estratégicos de Frontex mediante una planificación, implementación y presentación de informes eficaces de las unidades supervisadas, incluida la preparación del programa de trabajo anual de la Agencia y la preparación de informes anuales;
- Garantizar la cooperación con la Oficina de Inspección y Control en la gestión de proyectos y contratos a nivel divisional;
- Administrar recursos relevantes a nivel de división, incluidos recursos humanos y presupuesto;
- Decidir sobre la creación y disolución de equipos especializados dentro de la división¹⁰ y designar a los líderes de equipo responsables de la implementación de los objetivos del equipo;
- Asignar nuevas tareas específicas a las entidades de la División;
- Asegurar y evaluar la entrega de resultados oportunos y de calidad de la División;
- Implementar las recomendaciones que surjan de los informes y evaluaciones de auditoría interna o externa en su área de responsabilidad;
- Implementar la gestión de riesgos corporativos en su área de responsabilidad;
- Promover activamente los valores corporativos y el código de conducta de Frontex y contribuir a la implementación de la estrategia antifraude de la Agencia;

- Asegurar la implementación del marco legal aplicable en materia de protección de datos personales a nivel de división.

III. ¿UNA NUEVA AGENCIA EUROPEA DE LA GUARDIA DE FRONTERAS Y COSTAS?

La crisis migratoria en la que se encuentra la UE como consecuencia de los números conflictos armados que asedian diferentes partes del mundo, así como la falta de solidaridad entre los Estados miembros, llevaron, como ya se ha señalado a la adopción de un nuevo reglamento de Frontex en 2019. El nuevo reglamento tiene como objetivo aclarar las competencias de la Agencia, así como reforzar el elemento operativo con un Cuerpo Permanente con capacidad ejecutiva en las fronteras exteriores. Sin embargo, la gestión de fronteras se mantiene como una competencia compartida entre la UE y los Estados miembros, lo que frena cualquier intento de integración en estas políticas⁶⁰. Así, el 14 de noviembre de 2019, se publicaba en el DOUE el Reglamento 2019/1896/UE sobre la Guardia Policial Europea de Fronteras y Costas⁶¹, entrando en vigor a los 20 días de su publicación. Sólo 3 años después de la adopción del anterior reglamento, el Reglamento 2016/1624/UE⁶², la UE se vió obligada a ampliar e incluso reformar el mandato de Frontex, toda vez se comprobó su total ineficacia frente al fenómeno migratorio.

En este apartado se pretende exponer la nueva estructura de Frontex además de destacar sus cambios más destacables, intentando dilucidar si la nueva regulación ha conseguido cubrir las lagunas que se han ido detectando en los últimos años o, por el contrario, nos encontramos solo ante un nuevo refuerzo del aspecto de seguridad por parte de la UE a la hora de regular la gestión integrada de las fronteras exteriores, sin que se dé un paso efectivo hacia la integración de políticas.

TABLE: FRONTEX TASKS. SOURCE: FRONTEX

⁶⁰ ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «Reglamento 2019/1896/UE sobre la guardia europea de fronteras y costas: ¿Frontex 3.0?», *op. cit.*

⁶¹ Reglamento (UE) 2019/1896, *op. cit.* En adelante Nuevo Reglamento Frontex.

⁶² Reglamento (UE) 2016/1624, *op. cit.*



III.A. Las razones del cambio

El Reglamento 2016/1624/UE por el que se «creaba» la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas parecía haber dado un salto no sólo cuantitativo, sino también cualitativo en términos de lograr, a medio y largo plazo, un cuerpo europeo de control de fron-

teras. Sus competencias, las operaciones que podía llevar a cabo e incluso, con algunas críticas, su mecanismo de protección de los derechos fundamentales, parecían ir, a primera vista, en la dirección correcta⁶³. Incluso el objetivo de crear una fuerza permanente de 1.500 unidades que pudieran moverse sobre el terreno en un corto período de tiempo significaba claramente una voluntad clara por parte de las instituciones europeas y de los Estados miembros de alcanzar los niveles más altos de integración.

Pero a pesar de todo este marco operativo y legal, durante 2018 se detectaron graves lagunas en la actuación de Frontex, especialmente en lo que respecta a las contribuciones de los Estados miembros⁶⁴. Esto también se observó en el contingente de reacción rápida, que aún no había cubierto sus necesidades de 1.500 efectivos. En relación con las evaluaciones de vulnerabilidad (art. 13 del Reglamento 2016/1624/UE), hasta marzo de 2018 solo se abordaron 6 de un total de 37 recomendaciones, lo que denotaba una clara falta de compromiso por parte de los Estados miembros. en la gestión conjunta y coherente de sus fronteras exteriores⁶⁵.

Esta situación llevó a la Comisión Europea a lanzar una propuesta de Reglamento sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, que sustituiría al Reglamento 2016/1624/UE, de tal forma que buscaba mejorar Frontex para convertirse en un ejemplo de gestión eficaz de las fronteras exteriores⁶⁶. Tras los informes preceptivos del Comi-

⁶³ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., «Gestión integrada de fronteras, FRONTEX y derechos fundamentales. ¿Un nuevo escenario tras el Reglamento (UE) 2016/1624?», op. cit., p.p. 431-432.

⁶⁴ Así, «los compromisos sólo cubren el 49% de los activos y el 44% de los medios técnicos para las actividades en las fronteras terrestres. Para las operaciones en las fronteras marítimas, podría proporcionarse el 85% de los expertos, pero sólo el 51% de los activos». Véase, Doc. COM (2018) 250 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Informe sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración, de 14.03.2018, p. 19. Asimismo, Informe anual sobre la aplicación práctica del Reglamento (UE) n.º 656/2014 por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el contexto de la cooperación operativa coordinada por Frontex, Doc. del Consejo. 11129/18, de 11.07.2018.

⁶⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, Commission contribution to the thematic debate of EU leaders on future steps regarding the dimensions internal and external migration policy, COM (2017) 820 final/2, 13.12.2017.

⁶⁶ Proposal for a Regulation of Parliament and of the Council on the European Border and Coast Guard and repealing Council Joint Action No 98/700/JHA, Regulation (EU) No 1052/2013 of the European Parliament and of the Council and Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council, COM (2018), 631 final, 9.12.2018. Ver también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo. A new and modern multiannual financial framework

té Económico y Social Europeo, de 12 de diciembre de 2018⁶⁷, y del Comité de las Regiones, de 6 de febrero de 2019⁶⁸, el 18 de abril de 2019, el Parlamento Europeo aprobó su posición sobre la propuesta en primera lectura de la Comisión, aprobando una versión corregida de dicha posición en su sesión parcial del 21 al 24 de octubre de 2019. El texto fue finalmente aceptado por el Consejo en su sesión del 8 de noviembre de 2019, con 23 votos a favor, 3 abstenciones (Dinamarca, Reino Unido e Irlanda⁶⁹) y dos votos en contra de Italia y España⁷⁰.

Debemos indicar, en primer lugar, que sorprende que un reglamento de tal calado, e incluso tan extenso como el nuevo Reglamento, sea aprobado en el procedimiento legislativo ordinario en primera lectura en tan sólo un año. Y esto puede deberse a la urgente necesidad de establecer un régimen más eficaz en el ámbito de la gestión de fronteras, ante la gravísima crisis humanitaria que representa la inmigración irregular. Es más, en el reglamento anterior, el Reglamento 2016/1624/UE, encontramos la misma realidad, ya que la propuesta inicial de la Comisión se presentó en diciembre de 2015, y el Reglamento fue aprobado en septiembre de 2016.

En segundo lugar, en nuestra opinión, y ante los votos negativos de España e Italia, como principales países de entrada de inmigrantes por vía marítima, la normativa vuelve a quedar huérfana. La gestión de las fronteras exteriores es una cuestión multidimensional que no puede resolverse únicamente fortaleciendo los mecanismos de seguridad para el control fronterizo de los flujos migratorios. De hecho, es necesario incorporar otras políticas paralelas con un objetivo común que no es otro que la gestión integrada de fronteras. Así, es absolutamente necesario que se apruebe una modificación del Sistema de Dublín en cuanto a la identificación del Estado responsable de dar respuesta a las solicitudes de protección internacional, que no perjudique a los Estados actualmente que se encuentran en primera línea y que asumen la mayor carga de las solicitudes, que se aprueben normas

for a European Union that efficiently delivers on its post-2020 priorities (Doc. COM (2018) 98 final, 14.02.2018) y las Conclusiones del Consejo Europeo (EUCO Doc 9/18, 06/28/2018).

⁶⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018AE4848>

⁶⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018AR6213>

⁶⁹ Estas abstenciones se deben evidentemente al régimen de opting out en el que se encuentran estos tres Estados en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y reconocido en el derecho originario.

⁷⁰ El resultado de la votación puede verse en el Council Doc. 13922/2019, 11/11/2019.

obligatorias sobre reubicación y reasentamiento, para poder cumplir con el principio de solidaridad recogido en el Derecho originario⁷¹.

En cualquier caso, a partir de la nueva regulación de Frontex, pueden destacarse cinco pilares claros. En primer lugar, se crea un cuerpo permanente que pasará de los 1.500 efectivos establecidos por el Reglamento de 2016 a los 10.000 efectivos en 2027. En segundo lugar, se concede una mayor asignación financiera a Frontex, casi triplicando la asignación previa⁷². En tercer lugar, se incorpora Eurosur⁷³, de forma que éste abarque todos los elementos de la gestión integrada de las fronteras exteriores, mejorando su funcionamiento y ámbito de actuación. En cuarto lugar, se establece una mejor coordinación con los Estados miembros, a través del desarrollo de la Estrategia de Gestión Integrada, no sólo a nivel europeo sino también a nivel de los Estados miembros⁷⁴. En quinto y último lugar, se prevé una mejor cooperación con terceros Estados, promoviendo los estándares europeos en materia de gestión de fronteras, así como facilitando el intercambio de información y análisis de riesgos entre autoridades, y el despliegue de Frontex en dichos terceros Estados a través de acuerdos bilaterales, lo que implica una profundización en la externalización de la política migratoria⁷⁵.

Para poder dar cumplimiento a estas novedades, el 25 de octubre de 2019, los colegisladores (Parlamento y Consejo) adoptaron una Declaración Conjunta, que podría considerarse para algunos, realista en términos de contratación de personal⁷⁶ si bien, para otros, la con-

⁷¹ En el momento de escribir estas líneas, se había aprobado por el Parlamento europeo el denominado como Nuevo Pacto en Inmigración y Asilo (COM(2020) 609 final, 23.9.2020), <https://es.euronews.com/my-europe/2024/04/10/el-parlamento-europeo-aprueba-por-un-estrecho-margen-la-reforma-migratoria-de-la-ue>.

⁷² COM (2018) 98 final, A new and modern multiannual financial framework for a European Union that efficiently delivers its post-2020 priorities, of 14.02.2018.

⁷³ Eurosur is the European Border Surveillance System, regulated by Regulation 2013/1052/EU of the Parliament and of the Council, of 22.10.2013 (OJ L, 295, of 06.11.2013), and which would be repealed with the Frontex Regulation. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1052>

⁷⁴ Annex 6 of Doc. COM (2018) 250, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, Report on the Implementation of the European Migration Agenda, dated 14.03.2018.

⁷⁵ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., «Seguridad en las fronteras exteriores de la UE y derecho de asilo: en busca de un necesario equilibrio», *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo* (Dir. M. Fernández Cabrera y C. R. Fernández Díaz), Iustel, 2022, p. 249.

⁷⁶ Joint Declaration of the European Parliament and of the Council, Draft Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624 (Doc. 13329/19 ADD 1, dated 10/25/2019).

tribución financiera asignada a Frontex no ha reforzado esta faceta tan delicada, afectando a su propia composición. En cualquier caso, la Declaración pretendía dar respuesta a las preocupaciones sobre las dificultades a las que Frontex debía enfrentarse «en los próximos años» para contratar, formar y retener personal cualificado, por lo que pedía a la Comisión Europea crear un mecanismo específico, así como que adaptar el Estatuto de los funcionarios de la UE con el objetivo de hacer de Frontex un empleador atractivo mediante una remuneración adecuada y equivalente a la del resto de las instituciones y organismos de la UE. Sin embargo, la respuesta de la Comisión, si bien fue rápida, no iba en la dirección deseada por Consejo y Parlamento⁷⁷, lo que pone de manifiesto la dificultad que a veces plantea el llamado diálogo a tres bandas entre las instituciones, especialmente en torno a competencias compartidas y cuando los Estados miembros hacen que sus intereses nacionales predominen sobre las medidas de armonización.

III.B. La nueva estructura del Reglamento (UE) 2019/1896

La estructura, extensión y detalle del nuevo reglamento supera con creces la del anterior Reglamento 2016/1624 (UE) ya que el Reglamento (UE) 2019/1896 consta de 124 artículos y 6 Anexos, frente a los 83 artículos y 2 Anexos del reglamento anterior. Asimismo, destacan los considerandos de la exposición de motivos, donde se pueden consultar las principales novedades incorporadas. El texto en vigor se divide en cinco capítulos:

- *El capítulo I. Guardia Europea de Fronteras y Costas* se ocupa del objetivo de garantizar una gestión integrada de las fronteras, que queda materialmente definido en el artículo 3. También se indica, como en el reglamento anterior, que la Guardia Europea de Fronteras y Costas estará compuesta por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex) y las autoridades nacionales de los Estados miembros, responsables de la gestión de fronteras, incluidos los guardacostas en la

⁷⁷ La respuesta de la Comisión llegó inmediatamente en forma de otra declaración en la que lamentaba que los legisladores no hubieran aceptado su propuesta de permitir al consejo de administración de Frontex conceder un pago diferencial mensual al personal estatutario, lo que, en su opinión, habría Mejora de las condiciones de contratación. Asimismo, afirma categóricamente que «no tiene ni la obligación ni la intención en este momento de presentar propuesta alguna de revisión del Estatuto de los Trabajadores». Vi. The Commission's response in the form of a Declaration, Council Doc. 13329/19 ADD2 REV 1, of 10.29.2019.

medida en que lleven a cabo tareas de control de fronteras, así como las autoridades responsables del retorno. Este Capítulo I también incluye una referencia a la adopción, por parte de la Comisión y Frontex, de un «ciclo político estratégico plurianual para la gestión integrada de las fronteras exteriores».

- *El Capítulo II. Funcionamiento de la Guardia Europea de Fronteras y Costas*, es el más extenso del Reglamento y consta de 11 Secciones. Este capítulo enumera las tareas de Frontex (art. 10), que se han ampliado considerablemente respecto de la regulación anterior. Cabe destacar también la nueva regulación sobre intercambio de información y cooperación con los Estados miembros, para la que será decisiva la integración de Eurosur con toda su infraestructura nacional. Este mismo capítulo contiene el procedimiento para la activación de las operaciones de Frontex, en concreto las intervenciones fronterizas rápidas (art. 36), las operaciones conjuntas (art. 37), los equipos de apoyo a la gestión migratoria (art. 40), los agentes de coordinación (art. 44) y las actuaciones en devolución (arts. 48 a 53). Asimismo, y como elemento novedoso, el artículo 9 regula las capacidades de Frontex a través de su órgano permanente, sus infraestructuras y su formación. Finalmente, se incluye el procedimiento de cooperación con instituciones, organismos y organizaciones de la Unión, otras organizaciones internacionales y con terceros Estados.
- *El capítulo III. Documentos auténticos y falsos en red (FADO)* se compone de un único artículo, el 79, que indica que Frontex se hará cargo y explotará el sistema de Documentos auténticos y falsos en línea (FADO), actualmente regulado por el Reglamento (UE) 2020/493⁷⁸ que viene a sustituir a la Acción Común 1998/700/JAI⁷⁹.
- *El Capítulo IV. Disposiciones Generales*, se compone de cuatro secciones. Este capítulo regula el estatuto de los miembros de Frontex, los nuevos tratamientos de datos personales, el esta-

⁷⁸ Reglamento (UE) 2020/493 del Parlamento y del Consejo de 30 de marzo de 2020 relativo al Sistema de Documentos Auténticos y Falsos en Red (FADO) y por el que deroga la Acción Común 98/700/JAI del Consejo, DOUE l 107/1, 6.4.2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32020R0493>.

⁷⁹ Acción Común 1998/700/JAI de 3 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del tratado de la Unión Europea, por el que se crea un Sistema Europeo de archivo de imágenes (FADO), DOUE, L 333, 09.12.1998, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0700>

tuto jurídico y la sede, así como las competencias del Consejo de Administración y del Director Ejecutivo, la protección de los derechos fundamentales y el régimen presupuestario. Es interesante señalar que el art. 112 enfatiza la necesidad de cooperación interparlamentaria entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales⁸⁰, como reflejo de una competencia compartida.

- El Capítulo V. Disposiciones Finales se ocupa de la entrada en vigor, aplicabilidad, la derogación de otras normas⁸¹ y las disposiciones transitorias.

Finalmente, en cuanto a los anexos alcanzan el número de 6. Los cuatro primeros se dedican a las aportaciones nacionales para el cuerpo permanente, en sus diferentes categorías. El Anexo V, que es quizá el más destacable, se ocupa por primera vez de dar publicidad a las llamadas Reglas de Enfrentamiento (ROE), esto es a la regulación relativa al porte de armas y el uso de la fuerza en las operaciones. Finalmente, el anexo VI contiene el cuadro de correspondencia respecto a la normativa anterior. Analicemos las novedades más destacables del nuevo reglamento de Frontex.

III.C. Las principales novedades

Cabe recordar que las competencias de Frontex, recogidas en el art. 10, se han ampliado respecto a la normativa anterior. Estas funciones representarían la transcripción operativa del componente material de la gestión integrada de las fronteras exteriores (art. 3)⁸². Esto se debe esencialmente a la integración de Eurosur en Frontex y a la necesidad de mejorar los niveles de cooperación con otras agencias,

⁸⁰ Esta cooperación interparlamentaria se basa en el art. 9 del Protocolo No. 1, sobre el papel de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea, anexo al TUE y al TFUE, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL>

⁸¹ Especialmente el Reglamento (UE) 2013/1052 (EUROSUR) y el Reglamento (UE) 2016/1624 (FRONTEX).

⁸² Aunque la tendencia de seguridad de la gestión integrada de las fronteras exteriores es clara y tiende hacia el control fronterizo de los flujos migratorios, durante la adopción del Reglamento Frontex, el Parlamento ha conseguido introducir un segundo apartado al art. 3, de tal forma que se da un primer paso hacia una multidimensionalidad de la gestión integrada. Así, el art. 3.2 dice lo siguiente «Los derechos fundamentales, la educación y la formación, así como la investigación y la innovación, constituirán elementos generales de la aplicación de la gestión europea integrada de las fronteras.» Véase, Doc. del Consejo. 8498/19, Resultado de la primera lectura del Parlamento Europeo, y corrección de errores, de 23.10.2019.

especialmente la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) y la Agencia de Asilo de la Unión Europea (EUAA), así como la urgencia de incrementar la cooperación con terceros Estados en el nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migraciones⁸³.

Sin embargo, no todo han sido novedades; así, cabe señalar que los arts. 13 y 19 del anterior Reglamento de 2016, se han mantenido sin modificaciones en los actuales artículos 32 (evaluación de la vulnerabilidad) y 42 (situación en las fronteras exteriores que requieren medidas urgentes), respectivamente. En ambos casos, y en situaciones de extrema urgencia, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión de ejecución que requerirá la plena y leal cooperación del Estado miembro afectado. Esto supone un avance importante en la superación del sistema de competencias compartidas en esta materia, aunque no sea un verdadero derecho de la Agencia intervenir en situaciones en las fronteras exteriores que requieran una acción urgente⁸⁴.

Junto a estas competencias operativas, Frontex también asume la creación y funcionamiento de la unidad central del Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (ETIAS) contemplado en el art. 7 del Reglamento (UE) 2018/1240⁸⁵ (art. 67); y asumirá y explotará provisionalmente, como hemos indicado anteriormente, el sistema de Documentos Auténticos y Falsos en Línea (FADO) (art. 79). Al llevar a cabo estas tareas, Frontex puede incluso tener poderes ejecutivos para apoyar eficazmente a los Estados miembros sobre el terreno en las operaciones que lanzan. Estos poderes ejecutivos deben estar claramente previstos en el Plan Operativo (art. 38) y en estos casos Frontex será responsable de los daños causados. Esta capacidad ejecutiva, exclusiva de las fuerzas y cuerpos de seguridad nacionales, propor-

⁸³ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo y al Banco Europeo de Inversiones sobre la creación de un nuevo marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración (COM (2016) 385 final), 09.06.016, y sus informes and informes periódicos de seguimiento, también elaborados por la Comisión.

⁸⁴ DE CASTRO SÁNCHEZ, C., «Gestión integrada de fronteras, FRONTEX y derechos fundamentales. ¿Un nuevo escenario tras el Reglamento (UE) 2016/1624?», op. cit., p. 425.

⁸⁵ Reglamento (UE) 2018/1240 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018, por el que se establece un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1077/2011, n° 515/2014m (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 y (UE) 2017/2226 DOUE L 236/1, 19.9.2018, disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1240>. A pesar de que estaba previsto que el Sistema fuese operativo en 2023, parece que habrá que esperar hasta 2025.

ciona un claro elemento integrador en el desempeño de sus funciones en el territorio de los Estados miembros. En todo caso, esta situación estará siempre sujeta a la previa aceptación de dichos Estados⁸⁶.

Por lo que se refiere a las acciones operativas, estas pueden desarrollarse a petición de un Estado miembro o bien, tal y como se desprende del artículo 42, iniciativa de Frontex pudiendo consistir en las siguientes:

- a) Funcionarios de enlace en los Estados miembros (art. 31);
- b) Operaciones conjuntas en las fronteras exteriores (art. 37);
- c) Intervenciones fronterizas rápidas en las fronteras exteriores (art. 37);
- d) Equipos de apoyo a la gestión migratoria (art. 40);
- e) Acciones urgentes en las fronteras exteriores (art. 42);
- f) Operaciones de devolución (art. 50);
- g) Equipos de supervisores de retorno forzoso (art. 51);
- h) Intervenciones de retorno (art. 53);

Todas estas habían sido ya recogidas por el Reglamento 2016/1624, aunque el nuevo Reglamento FRONTEX ha añadido a esta lista como novedad los equipos de retorno⁸⁷ (art. 52). Por el contrario, respecto a la normativa anterior, han desaparecido los equipos de escoltas para retornos forzosos y los equipos de especialistas en retorno, que estarían desplegados en el territorio de terceros Estados. Esta supresión ha sido duramente criticada por Estados miembros como Polonia, Hungría y Eslovaquia, ya que va, a su juicio, en detrimento del control de la inmigración más allá de las fronteras europeas⁸⁸. Finalmente, y en el caso de acciones operativas en terceros Estados, se establece una cláusula para salvaguardar los intereses nacionales de aquellos Estados miembros que hayan desplazado contingentes. De hecho, tal y como dispone el art. 74, el Director Ejecutivo garantizará la seguridad del personal destinado, pero en caso de posibles riesgos, previamente informados por el Estado miembro interesado, podrán adoptarse medidas como la suspensión o el cese de la asistencia técnica y operativa al tercer Estado. Asimismo, el Estado miembro podrá decidir no contribuir a la operación.

⁸⁶ <https://caughtyouredhanded.wordpress.com/author/davidfrojo/>

⁸⁷ Los equipos de retorno pueden desplegarse durante las intervenciones de retorno, en el marco de los equipos de apoyo a la gestión de la migración o cuando sea necesario para proporcionar asistencia técnica y operativa adicional en el ámbito del retorno.

⁸⁸ Council Doc. 13329/19 ADD 2 REV 1, dated 10/25/2019.

III.C.1. El ciclo político estratégico plurianual para la gestión integrada de las fronteras exteriores

Una aportación interesante aparece en los arts. 8-9 del Reglamento de 2019, ya que, se recoge el régimen del llamado «ciclo de política estratégica plurianual para la gestión integrada de las fronteras europeas» (art. 8), consistente en que, a partir del análisis de riesgos estratégicos⁸⁹, la Comisión Europea aprobará, tras un debate con el Consejo y el Parlamento, la política estratégica de la gestión de fronteras de la Unión Europea. Esta política estratégica plurianual, de cinco años de duración, establecerá cómo abordar los desafíos en el ámbito de la gestión de fronteras y el retorno de manera coherente, integrada y sistemática, así como las prioridades políticas y orientaciones estratégicas. Esta política estratégica de la Unión Europea irá de la mano y será completada con la adopción de estrategias coherentes a nivel nacional.

A partir de esta política estratégica, el nuevo reglamento establece un proceso de planificación integrada para la gestión de fronteras y el retorno en tres niveles paralelos y complementarios. Así, se establecerá un proceso de planificación «operacional» para identificar áreas fronterizas con niveles de impacto altos y críticos; por su parte, los procesos de «contingencia» describirán todas las medidas y recursos necesarios para un posible desarrollo de capacidades, incluida la logística y el apoyo tanto a nivel nacional como de Frontex; y, finalmente, los «planes de desarrollo de capacidades» describirán la evolución a mediano y largo plazo de las capacidades nacionales⁹⁰.

Esta política estratégica tenderá a establecer una planificación a largo plazo con objetivos claramente marcados, medios disponibles y mejoras necesarias, y siempre en plena cooperación con los Estados miembros. En este caso, la confianza entre la UE y sus Estados a través del intercambio fluido de toda la información relevante es de suma importancia, así como un compromiso claro por parte de los

⁸⁹ El análisis estratégico de riesgos será presentado por Frontex cada dos años, en estrecha consulta con los Estados miembros (art. 29.2). Este análisis recogerá datos derivados de los flujos migratorios hacia y dentro de la Unión, en términos de tendencias, volúmenes y rutas migratorias, así como otras tendencias o posibles retos en las fronteras exteriores y en términos de retorno.

⁹⁰ Curiosamente, los planes de desarrollo de capacidades van en la misma dirección que el desarrollo de capacidades a nivel de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) de la UE. Esto tiende a unificar los criterios y procedimientos de mejora a todos los niveles y en todas las dimensiones de la seguridad, tanto interior como exterior.

Estados miembros para desarrollar su infraestructura interna en la zona fronteriza.

III.C.2. Capacidades: el Cuerpo Permanente

Pero, sin duda, si la nueva normativa destaca por algo sobremane- ra es por la creación de una un único cuerpo permanente que pasará de los 1.500 efectivos previstos por el Reglamento 2016 a los 10.000 efectivos cuando finalice el proceso en 2027, que incluso comenzaría su dotación en cuanto haya acuerdo político sobre la propuesta⁹¹. La cifra se basa en las necesidades de aprovisionamiento desde la entrada en vigor del Reglamento 2016/1624/UE. Este nuevo organismo supone un claro avance en cantidad y calidad, al aportar una solución coherente y eficaz, además de crear un organismo permanente con aportaciones obligatorias durante todo el año⁹². Este organismo permanente formará parte de Frontex con la capacidad definida en el anexo I y estará integrado por cuatro categorías de personal incluidas en dicho anexo⁹³. El órgano permanente podrá desarrollar facultades ejecutivas en frontera, de acuerdo con la normativa nacional y según lo establecido en el plan operativo⁹⁴. Así mismo, para facilitar y mejorar la coordinación y el apoyo logístico y operativo de las acciones, en particular en el ámbito del retorno, en el momento del despliegue del cuerpo permanente, ya sea en un Estado miembro o en un tercer Estado, podrá colocar antenas en el territorio de dicho Estado. Será el Consejo de Administración, previa propuesta del director ejecutivo, quien determinará la constitución, composición, duración y, en su caso, la posible ampliación del período de funcionamiento de una

⁹¹ HILPERT, I. «European Border and Coast Guard standing corps. The establishment of a European Border Police», *CPE*, 8 (1), 2023, p. 75; VLACHOPOULOS, K., «10.000 standing corps and expanded responsibilities: FRONTEX's reform and its impact», *Policy Brief No. 110/2020*, Hellenic Foundation for European & Foreign Policy, April 2020, https://www.eliamep.gr/wp-content/uploads/2020/04/Policy-Brief_No110-Konstantinos-Vlachopoulos-.pdf.

⁹² AMEYAHID MOHAMED, M., *La gestión integral de fronteras en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Universidad Católica de Murcia, 2023, p. 163; MARTÍNEZ CRISTÓBAL, D., «La frontera Exterior Europea, entre la ayuda humanitaria y la política de seguridad de la Unión europea», *Revista Universitaria Europea*, n° 37, 2022, p.p. 155-182.

⁹³ Categoría 1: personal estatutario; categoría 2: personal operativo en comisión de servicio de larga duración; categoría 3: personal operativo para despliegues de corta duración; categoría 4: reserva de acción rápida. Los despliegues de cuerpos permanentes tendrán lugar a partir del 1 de enero de 2021 (art. 123.3). Antes del 31 de diciembre de 2023, la Comisión deberá presentar una revisión del número total y la composición del cuerpo permanente (art. 59).

⁹⁴ AMEYAHID MOHAMED, M., *La gestión integral de fronteras en la Unión Europea*, op. cit., p. 167.

antena, respetando, en todo caso, la soberanía del Estado donde esté ubicado⁹⁵.

Las cuatro categorías de personal previstas en el Reglamento son las siguientes:

Categoría 1: personal estatutario del organismo permanente (art. 55). Este personal será proporcionado directamente por Frontex y desplegado en las zonas de operaciones como miembros de los equipos. Ejercerá funciones en materia de control fronterizo y retorno (art. 82)⁹⁶, incluidas funciones ejecutivas⁹⁷. En el proceso de contratación de este personal se tendrá en cuenta su grado de profesionalidad y que existan garantías de que respeta los valores éticos y tiene las competencias lingüísticas adecuadas.

Como novedad, el anexo V contiene las normas relativas al uso de la fuerza⁹⁸. En concreto, se incluyen las denominadas Reglas de Enfrentamiento (ROE), que tradicionalmente han sido disposiciones internas y no públicas. En este caso, estas reglas están establecidas en el derecho secundario y son válidas para cualquier operación. A la luz de estas normas, el uso de la fuerza armada se ejercerá de conformidad con la legislación nacional del Estado miembro de acogida, en presencia de los guardias de fronteras de dicho Estado, y respetando

⁹⁵ Reglamento (UE) 2019/1896, op. cit., Art. 60.

⁹⁶ En concreto, apoyarán a los Estados miembros sobre el terreno en sus esfuerzos por proteger las fronteras exteriores, luchar contra la delincuencia transfronteriza y reforzar el retorno efectivo y sostenible de los migrantes irregulares. Véanse los arts. 54-58.

⁹⁷ El art. 55.7 indica que estas funciones ejecutivas serán: comprobación de la identidad y nacionalidad de las personas; autorización y denegación de entrada; precintado de documentos de viaje; expedición o denegación de visados en frontera; vigilancia fronteriza; registro de huellas dactilares; contactos con terceros países para identificar a personas sujetas a devolución; y escolta de nacionales de terceros países sujetos a devolución.

⁹⁸ Según el anexo V, «Normas relativas al uso de la fuerza, incluida la formación y el suministro, control y uso de armas de servicio y equipos no letales, aplicables al personal estatutario desplegado como miembro de equipos», se entiende por «uso de la fuerza» el «recurso por parte del personal estatutario desplegado como miembro de equipos a medios físicos para desempeñar sus funciones o garantizar la autodefensa, lo que incluye el uso de las manos y el cuerpo, así como la utilización de cualquier instrumento, arma, incluidas las armas de fuego, o equipo».

los principios de necesidad⁹⁹, proporcionalidad¹⁰⁰ y precaución¹⁰¹. El anexo V también incluye normas específicas sobre los instrumentos de fuerza más utilizados, otras normas prácticas y mecanismos de control.

Finalmente, para efectos de control, el Comité de Administración, a propuesta del director ejecutivo, creará un mecanismo de supervisión para monitorear la aplicación del ROE, además de adoptar reglas para que el director ejecutivo autorice el porte y uso de armas (art. 55.5).

Categoría 2: personal operativo en comisión de servicios de larga duración (art. 56). Este personal será enviado por los Estados miembros por un período de 24 meses, prorrogable nuevamente por 12 o 24 meses. Las contribuciones anuales de cada Estado miembro figuran en el anexo II y deberán ajustarse a los perfiles y competencias definidas y con la aprobación previa de Frontex¹⁰². Las funciones del personal de esta categoría 2 serán las reflejadas en el art. 82, siendo el Director Ejecutivo quien decida el lugar y la duración de su despliegue.

Categoría 3: personal operativo para despliegues de corta duración (art. 57). Será enviado por los Estados miembros de acuerdo con las contribuciones anuales indicadas en el anexo III¹⁰³, respetando los

⁹⁹ Se refiere a que el uso de la fuerza será excepcional y sólo tendrá lugar cuando sea estrictamente necesario, y como último recurso. Nunca será arbitrario ni abusivo.

¹⁰⁰ El uso de la fuerza será proporcional a la gravedad de la situación y al objetivo legítimo que se pretenda alcanzar. En el caso de utilizar un arma de fuego, deberá garantizarse que cause las mínimas lesiones posibles.

¹⁰¹ Las actividades operativas de Frontex respetarán plenamente y tratarán de preservar la vida y la dignidad humanas. Se adoptarán todas las medidas necesarias para minimizar el riesgo de lesiones y daños durante las operaciones. A tal fin, se establece la obligación general de advertir del uso de la fuerza, a menos que dicha advertencia ponga indebidamente en peligro a los miembros del equipo o cree un riesgo de muerte o daños graves a otras personas o resulte claramente inadecuada o ineficaz en las circunstancias de que se trate.

¹⁰² Anexo II: Contribuciones anuales que los Estados miembros deben aportar al cuerpo permanente mediante el envío de personal en comisión de servicios de larga duración de conformidad con el artículo 56. En el caso de España, las contribuciones anuales serían las siguientes: 30 (2021), 37 (2022), 37 (2023), 56 (2024), 74 (2025), 93 (2026) y 111 (2027 y posteriores).

¹⁰³ Anexo III: Contribuciones anuales de los Estados al cuerpo permanente para despliegues de personal a corto plazo de conformidad con el artículo 57. En el caso de España, las contribuciones por año serían las siguientes: 266 (2021), 259 (2022), 296 (2023), 315 (2024), 370 (2025), 389 (2026) y 407 (2027 y posteriores). Únicamente cuando, sobre la base de un análisis de riesgo (art. 29) o de una evaluación de la vulnerabilidad (art. 32), un Estado miembro se enfrente a una situación que pueda afectar sustancialmente a la ejecución de sus funciones nacionales, la contribución de dicho Estado miembro no superará la mitad de la contribución prevista en el presente Anexo III.

perfiles definidos por el Consejo de Administración, y previa verificación por parte de Frontex. Cada Estado miembro será responsable de poner a disposición personal operativo a petición de Frontex, durante un período de hasta cuatro meses dentro de un año civil, y podrá desplegarse por un período más largo, previa decisión del Estado miembro¹⁰⁴. Sus funciones, asimismo, serán las recogidas en el art. 82.

Categoría 4: incluye la denominada reserva de acción rápida (art. 58)¹⁰⁵ que, proporcionada por los Estados miembros de conformidad con el anexo IV¹⁰⁶, servirá para intervenciones rápidas ante la llegada masiva de nacionales de terceros Estados que pretenden ingresar al territorio sin autorización. Este personal estará disponible por un período de hasta cuatro meses dentro de un año natural. En cualquier caso, su despliegue será complementario y posterior al despliegue de las categorías 1, 2 y 3. Cada Estado miembro garantizará los perfiles definidos por el consejo de administración de Frontex.

Como norma común para todas las categorías y en la consecución, claramente, de normas comunes para todos los organismos nacionales de gestión de fronteras, el nuevo reglamento ha establecido todo un marco jurídico en materia de formación, con la necesaria participación de los Estados miembros (art. 62). De hecho, Frontex, en coordinación con las entidades nacionales de formación y, en su caso, la Agencia de Asilo de la Unión Europea (EUAA), la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA), la Agencia Europea para la Gestión Operativa de Grandes Sistemas de Información en el ámbito de Libertad, Seguridad y Justicia (EU-LISA) y la Agencia de la Unión Europea para la Formación Policial (CEPOL), deben desarrollar herramientas de formación específicas para sus funciones y competencias, incluidas las relacionadas con la protección de menores y otras personas en situación de vulnerabilidad¹⁰⁷. Esta formación debe ajustarse a un

¹⁰⁴ Los periodos de despliegue individuales se decidirán en negociaciones y acuerdos bilaterales anuales entre Frontex y los Estados miembros. La duración del despliegue será decidida por el Estado miembro, pero en ningún caso será inferior a treinta días, salvo en operaciones de menor duración.

¹⁰⁵ Esta Categoría 4 ha sido incorporada durante el proceso de negociación. Véase, Doc. del Consejo. 8498/19, Resultado de la primera lectura del Parlamento Europeo y corrección de errores, de 23.10.2019.

¹⁰⁶ Anexo IV: Contribuciones que los Estados miembros deben aportar al organismo a través de la reserva de acción rápida de conformidad con el artículo 58. En el caso de España, la contribución asciende a 111 unidades.

¹⁰⁷ En concreto, se cita la formación sobre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional aplicables, en particular en lo que respecta a los derechos fundamentales, el acceso a la protección internacional, las directrices para identificar a las personas que buscan protección y remitirlas a los procedimientos adecuados, las directrices para atender las necesidades especiales de los niños, en particular los

programa básico común, basado en los valores consagrados en los Tratados y en coherencia con las culturas nacionales de formación. La formación se lleva a cabo en centros nacionales o en centros asociados de Frontex en los Estados miembros. Además, Frontex establece un programa para el intercambio de buenas prácticas entre los guardias de fronteras de los Estados miembros, pudiendo, además, organizar actividades de formación en cooperación con los Estados miembros y terceros países en su territorio. Todo este marco jurídico en materia de formación se considera un paso muy importante para lograr los primeros resultados homogéneos en términos de gestión de fronteras entre los Estados miembros. Sin embargo, como ya señalara la Comisión Europea, en referencia a las fronteras marítimas, «actualmente existen más de 300 autoridades civiles y militares responsables de los guardacostas en una amplia gama de ámbitos, como la seguridad marítima, la seguridad, la búsqueda y salvamento, el control de fronteras, control pesquero, control aduanero, labor policial y protección¹⁰⁸ del medio ambiente», lo que pone en evidencia las dificultades existentes para buscar elementos de cohesión en la formación de estas unidades, por lo que la formación es un elemento imprescindible a la hora de reducir progresivamente estas dificultades.

III.C.3. La integración de EUROSUR en Frontex

El nuevo Reglamento de Frontex incorpora la figura y regulación de EUROSUR, de modo que la Agencia abarque todos los elementos de la gestión integrada de las fronteras exteriores, mejorando su funcionamiento y ámbito de actuación. Así, EUROSUR se dedica al control de fronteras y la gestión integrada, mejorando la cooperación operativa y el intercambio de información con terceros países.

En cuanto a su estructura, se han designado centros de coordinación en los Estados miembros (art. 21)¹⁰⁹, que agrupan todas las funciones nacionales en materia de vigilancia de fronteras. Estos Centros

menores no acompañados, las víctimas de la trata de seres humanos, las personas que requieren asistencia médica urgente y otras personas especialmente vulnerables, el uso de la fuerza y la formación en operaciones de búsqueda y rescate. Además, Frontex establecerá y desarrollará un mecanismo interno de control de calidad para garantizar un alto nivel de formación, competencias específicas y profesionalidad.

¹⁰⁸ COM (2015) 673 final, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, The European Border and Coast Guard and the effective management of Europe's external borders, of 15.12.2015.

¹⁰⁹ Junto con los centros nacionales de coordinación, cada Estado designará un punto de contacto nacional para la comunicación con Frontex, facilitando la rápida difusión de toda la información (art. 13).

Nacionales deben desarrollar herramientas comunes para promover un sistema común de intercambio y centralización de información. El objetivo es permitirles detectar, prevenir y combatir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza, y contribuir a garantizar la protección y la salvación de las vidas de los inmigrantes.

Estas funciones se llevan a cabo mediante la elaboración de mapas de situación nacionales (art. 25)¹¹⁰, mapa de situación europeo (art. 26) y mapas de situación específicos (art. 27)¹¹¹, basados en la recopilación, evaluación, cotejo, análisis, interpretación, generación, visualización y difusión de información. Además, los Estados miembros deberán dividir sus fronteras exteriores terrestres, marítimas y, si lo desean, aéreas¹¹², en zonas fronterizas que notificarán a Frontex. La Agencia, con base en el análisis de riesgos y de acuerdo con el Estado miembro interesado, atribuirá a cada zona un nivel de impacto bajo, medio, alto o crítico¹¹³, incidiendo en la reacción en las actividades de vigilancia según el nivel de impacto determinado. (artículo 35).

III.C.4. La protección de los derechos fundamentales

En materia de derechos fundamentales, consideramos que la nueva normativa ha sido muy cautelosa a la hora de ampliar el control sobre las actuaciones del cuerpo permanente. Es evidente que se han realizado mejoras, pero entendemos que aún queda mucho por hacer, al menos en cuanto al procedimiento de denuncia en sí. De hecho, este procedimiento se mantiene sin cambios respecto a la normativa de 2016 y ahora queda incluido en el art. 111. Por tanto, sigue

¹¹⁰ Según el artículo 2, por «mapa de situación» se entiende una agregación de datos e información georreferenciados en tiempo cuasi real recibidos de diferentes autoridades, sensores, plataformas y otras fuentes, que se transmiten a través de canales seguros de comunicación e información y pueden procesarse y mostrarse de forma selectiva y compartirse con otras autoridades pertinentes para lograr un conocimiento de la situación y apoyar la capacidad de reacción en las fronteras exteriores o cerca de ellas y en la zona prefronteriza; y por «zona pre-fronteriza», la zona geográfica más allá de las fronteras exteriores, pertinente para la gestión de las fronteras exteriores mediante el análisis de riesgos y el conocimiento de la situación.

¹¹¹ Estos mapas de situación específicos permitirán apoyar actividades operativas concretas en las fronteras exteriores o compartir información con instituciones, órganos y agencias de la Unión, organizaciones internacionales o terceros Estados.

¹¹² Considerando (35) y art. 30.

¹¹³ La diferencia entre los niveles dependerá del impacto de los incidentes relacionados con la inmigración ilegal o la delincuencia transfronteriza que se produzcan en la sección de la frontera, pudiendo ser insignificante (nivel bajo), moderado (nivel medio), significativo (nivel alto) o tener un impacto decisivo en la seguridad de la frontera (nivel crítico). Véase, art. 3. 4.

siendo un procedimiento totalmente administrativo ya que siempre se lleva a cabo en el ámbito de la propia Frontex¹¹⁴. Además, no se observa una clara independencia e imparcialidad, ya que el Director Ejecutivo, que supervisa todo el proceso, es designado por el Consejo de Administración, integrado por representantes de los propios Estados más dos miembros de la Comisión y sus decisiones difícilmente son apelables ante la jurisdicción europea¹¹⁵. Sin embargo, durante la fase de diálogo a tres bandas entre las instituciones a la hora de preparar el nuevo Reglamento Frontex, fue posible introducir algunas modificaciones importantes que podrían permitir un control mejor, más independiente e imparcial de la posible violación de los derechos fundamentales¹¹⁶. De esta forma, se han incluido al menos dos mecanismos de control independientes además de una importante reforma orgánica. Así, en primer lugar, a la luz del artículo 119, las actividades de Frontex pueden ser objeto de investigaciones administrativas por parte del Defensor del Pueblo Europeo¹¹⁷. En segundo lugar, y más interesante, conforme al art. 98, que reconoce la responsabilidad jurídica de FRONTEX frente al Tribunal de Justicia, sus decisiones pueden ser recurridas mediante recursos de nulidad (en la medida en que afecten a terceros), omisión y recursos de responsabilidad contractual y extracontractual ante el Alto Tribunal. De esta forma, una decisión del Director Ejecutivo que afecte al control de una posible vulneración de derechos fundamentales podría ser recurrida ante el Tribunal de Luxemburgo, que podría, aunque sea de

¹¹⁴ CANO LINARES, M. A., «Frontex y el cuestionado respeto de los derechos humanos en su gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea», *Inmigración, Derechos y diversidad cultural*, Dykinson, 2022, págs. 69-90; DE CASTRO SÁNCHEZ, C., «Gestión integrada de fronteras, FRONTEX y derechos fundamentales. ¿Un Nuevo escenario tras el Reglamento (UE) 2016/1624?», p. 429; FERNÁNDEZ ROJO, D., «The introduction of an individual complaint mechanism within FRONTEX: two steps forward, one step back», *TBP*, 4-5, 2016, págs. 225-235; GUEST, A., «Frontex and Its Fundamental Rights Officer», in *Monitoring Border Violence in the EU* (Ed. E. Guild), Routledge, 2024, págs. 61-74; KARAMANIDOU, & KASPAREK, B., *Fundamental Rights, Accountability and Transparency in European Governance of Migration: The Case of the European Border and Coast Guard Agency Frontex*, Paper 2020/59, 2020, pp. 28-40, <https://zenodo.org/records/3967784>.

¹¹⁵ Ibid.; ROSENFELDT H., «Establishing the European Border and Coast Guard: all-nez or Frontex reloads?», *EU Law Analysis* (<http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/10/establishing-european-border-and-coast.html>) October 2016.

¹¹⁶ Council Doc. 8498/19, Result of the First Reading of the European Parliament and correction of errors dated 23.10.2019.

¹¹⁷ MUSKAJ, B., «The European Ombudsman. Frontex and Fundamental Rights», *European Journal of Multidisciplinary Studies*, Vol. 9 (1), 2021, <https://revistia.com/index.php/ejms/article/view/6996>; PREVIATELLO, M., *Frontex actions beyond EU borders: status agreements, immunities and the protection of fundamental rights*, Working Paper, AEL 2023/06, pp. 8-10, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/75751/WP_AEL_2023_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

forma indirecta, entrar en el fondo del asunto, y verificar la posible vulneración de derechos¹¹⁸.

Complementando estos mecanismos de control, sería posible que Frontex autorizase al Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes del Consejo de Europa a que realice visitas cuando lleve a cabo operaciones de retorno¹¹⁹. Esta posibilidad, si bien no es obligatoria al depender del Estado miembro afectado, añade control externo a la propia Unión, garantizando la transparencia y el seguimiento de posibles violaciones de derechos fundamentales.

En cuanto a los aspectos orgánicos, se han clarificado las funciones del agente de derechos fundamentales. De esta forma, según el art. 109, el responsable de derechos fundamentales, actuando con plena autonomía e independencia y asistido por un adjunto, contribuirá a la estrategia de derechos humanos de Frontex, supervisará e incluso investigará el respeto de los derechos fundamentales por parte de Frontex, asesorándole en su caso, y realizará visitas in situ a las operaciones, informando al consejo de Administración sobre posibles violaciones. Con todo, nos encontramos con que la figura del agente ganará mayor importancia en su labor de control, además de contar con la nueva normativa con un equipo lo suficientemente amplio como para desempeñar sus funciones con garantías. En cualquier caso, todo estará sujeto a la buena voluntad de los Estados de seguir las recomendaciones de Frontex, e incluso de iniciar un procedimiento interno para exigir responsabilidades civiles y/o penales a sus nacionales.

Pero, además, el nuevo Reglamento ha creado la figura de observadores de derechos fundamentales (art. 110). Estos observadores serán designados por el agente de derechos fundamentales, actuando bajo su supervisión jerárquica y con independencia en el cumplimiento de su mandato. Actualmente hay 47 observadores de Derechos Fundamentales, que aumentarán en un número de 3 a finales de 2024. La mayor importancia de esta nueva figura, en nuestra opinión, es que en cada operación habrá al menos un observador designado, que deberá garantizar un mayor respeto de los derechos por parte de los miembros del cuerpo permanente, además de facilitar el trabajo

¹¹⁸ FINK, M., «The action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable», *German Law Journal*, Vol. 21 (3), 2020, págs. 532-548.

¹¹⁹ Y ello en el marco del mecanismo de vigilancia creado por los miembros del Consejo de Europa en virtud del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. Véase, Considerando (82).

EL DERECHO A ENTENDER Y SER ENTENDIDAS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE SE COMUNICAN CON PRODUCTOS DE APOYO: ESTUDIO SOBRE EL PAPEL DEL EXPERTO FACILITADOR

THE RIGHT TO UNDERSTAND AND BE UNDERSTOOD
OF PERSONS WITH DISABILITIES WHO COMMUNICATE
THROUGH ASSISTIVE PRODUCTS: STUDY ON THE ROLE
OF THE EXPERT FACILITATOR

CLARA ISABEL DELGADO SANTOS

Doctoranda en el Programa de Derecho y Ciencias Sociales. Escuela
Internacional de Doctorado. (UNED)

Sumario: *I. Introducción. II. Marco legislativo. III. Objetivo y método. IV. Personas con discapacidad y dificultades comunicativas. IV. A. Las dificultades comunicativas y su relación con el derecho a entender y ser entendida. IV. B. Comunicación Aumentativa – Alternativa con productos de apoyo en el derecho a entender y ser entendida. V. Ajustes de procedimiento en el acceso a la justicia de personas con discapacidad que se comunican con productos de apoyo. V.A. Definición de ajustes de procedimiento y del profesional experto facilitador: relación con la comunicación con productos de apoyo. V.B. Propuestas de ajustes de procedimiento para facilitar que la persona con discapacidad que se comunica con productos de apoyo sea entendida. V.C. Propuestas de ajustes de procedimiento para facilitar la comprensión de la información oral y/o escrita, de la persona con discapacidad que se comunica con productos de apoyo. V.D. Propuestas de ajustes de procedimiento para facilitar la participación de la persona que se comunica con productos de apoyo en los entornos de justicia. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía y documentación consultada*

Resumen: Los recientes cambios introducidos en la legislación nacional para su armonización con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, han transformado una justicia tradicionalmente paternalista en un renovado sistema que reconoce su personalidad jurídica sin restricción. A la remoción de obstáculos, bajo un marco constitucional de entornos judiciales universalmente accesibles, se suma la realización de ajustes que posibiliten su participación con todas las garantías. En este contexto, surge la figura del facilitador, cuyo objetivo es asegurar una comunicación bidireccional comprensible entre la persona con discapacidad y los operadores jurídicos. Su intervención, aún en incipiente regulación, es crucial para garantizar un acceso a la justicia en igualdad de condiciones. Así, y hasta que su desarrollo práctico genere evidencias sobre la efectividad de ajustes de procedimiento aplicados en intervenciones con personas que se comunican con productos, la difusión y conocimiento sobre este medio comunicativo, así como la capacitación de los profesionales de justicia, son claves para que, en el escenario legislativo actual, este grupo de personas pueda acceder en igualdad y ejercer su derecho a entender y ser entendidas con su producto de apoyo.

Palabras clave: discapacidad, apoyo, comunicación, facilitador, ajustes.

Abstract: The recent changes introduced in national legislation to harmonize it with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities have transformed a traditionally paternalistic justice system into a renewed system that recognizes their legal personality without restriction. In addition to the removal of obstacles, under a constitutional framework of universally accessible judicial environments, adjustments have been made to enable their participation with full guarantees. In this context, the role of the facilitator arises, whose objective is to ensure understandable two-way communication between the person with disability and the legal operators. Their intervention, still in its early stages of regulation, is crucial to ensure equal access to justice. Thus, and until its practical development generates evidence on the effectiveness of procedural adjustments applied in interventions with persons who communicate through assistive products, the dissemination and knowledge of this communicative means, as well as the training of legal professionals, are key so that, in the current legislative scenario, this group of persons can have equal access and exercise their right to understand and be understood with their assistive product.

Keywords: disability, support, communication, facilitator, adjustments.

I. INTRODUCCIÓN

La última Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia de fecha 2020, conocida como Encuesta EDAD (Instituto Nacional de Estadística, 2020), evidencia que en España el 21,94% de la población encuestada a partir de los 6 años de edad presenta discapacidad en la comunicación. De este porcentaje la encuesta recoge, entre sus datos, que el 11,41% presenta dificultad importante para hablar de manera comprensible sin ayudas, el 9,15% encuentra dificultad importante para comprender o expresarse a través de gestos, símbolos, dibujos o sonidos, el 13,67% presenta dificultad importante para comprender el significado de lo que le dicen los demás sin ayuda de otras personas, el 15,47% presenta dificultad importante para comprender o expresarse a través del lenguaje escrito y el 12,90 % encuentra dificultad importante para mantener un diálogo o intercambiar ideas con una o más personas a través del lenguaje hablado, escrito u otro tipo de lenguaje.

En lo que respecta a la disponibilidad o necesidad de ayudas personales y/o técnicas, en la encuesta se recoge que el 25,08% de la población con discapacidad en la comunicación recibe ayudas pero no son suficientes, y el 7,60% no recibe ayuda y la necesita.

Esta sucinta referencia a datos estadísticos, pese a su innegable relevancia, no muestra la verdadera esencia de lo que significa desenvolverse en un mundo fundamentado sobre la comunicación oral y escrita, donde se exige entender y expresarse para participar activamente en cualquier contexto de interacción. El papel de la comunicación en la sociedad es tan significativo, que apenas se repara en su transversalidad como actividad que nos envuelve diariamente. Sin embargo, para muchas personas con discapacidad y dificultades comunicativas, la realidad cotidiana resulta completamente diferente, enfrentando de manera continua su deseo y voluntad de comunicarse, con la presencia de obstáculos en entornos de interacción social que les resultan inaccesibles.

Entre estos entornos, los vinculados a la administración de justicia pueden suponer desafíos particularmente restrictivos puesto que, si hasta hace apenas unos años la limitación de su capacidad de obrar implicaba no tomar en cuenta su voluntad, deseos y preferencias, la actual apertura del derecho y el reconocimiento de su personalidad jurídica debe imperativamente asegurar su acceso comunicativo pleno al sistema de justicia, adecuando, adaptando y ajustando el procedimiento para poder ser partícipe mediante su medio comunicativo, y así garantizar su derecho a entender y ser entendida.

Por ello, comunicarse con su producto de apoyo en su interacción en escenarios de justicia, y entender la información que recibe de los operadores jurídicos intervinientes, no debe dejarse a la buena voluntad de aquellos más sensibilizados o comprometidos con la discapacidad.

Desde las reformas legislativas actuales, y bajo el paraguas de la reciente modificación del artículo 49 de la Constitución Española, que dispone que *«los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles (...)»*, debe permear la accesibilidad en la comunicación en justicia como condición previa fundamental, manifestada en su diversidad de medios comunicativos, respetando cómo interactúa y se comunica la persona y contribuyendo, con los ajustes pertinentes y desde todos los agentes involucrados, a constituir entornos judiciales universalmente accesibles para todas las personas con discapacidad, sin distinción.

II. MARCO LEGISLATIVO

La integración de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), en el conjunto de tratados internacionales de derechos humanos, representó el final de un largo camino de reivindicaciones por parte del colectivo de personas con discapacidad, culminando con el reconocimiento explícito como sujetos de pleno derecho en el respeto a su dignidad y autonomía, en igualdad de condiciones y sin discriminación.

La ratificación por el Estado español de la CDPD, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, y con entrada en vigor el día 3 de mayo del mismo año, representó su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno conforme a lo establecido en el artículo 96.1 de la Constitución española y los artículos 28 al 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

De esta forma, la CDPD se convirtió en instrumento con eficacia plena y de aplicación directa y vinculante, introduciendo a través de su artículo 4 letra *a*) el mandato de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra naturaleza a fin de hacer efectivos los derechos en ella reconocidos, así como la obligatoriedad de modificar o derogar leyes que, existentes antes del tratado, y una vez en vigor este, se constituyeran discriminatorias para las personas con discapacidad, de acuerdo con la letra *b*) del citado artículo.

Sin embargo, esta progresiva transformación del Derecho positivo español para adecuarse al mandato establecido en la CDPD, ha dis-tado de ser ágil en su implementación real. Así, no fue hasta el año 2021 cuando se dio entrada al artículo 12 de la CDPD, en lo relativo a la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pese a las recomendaciones que el Comité sobre los Derechos de las Perso-nas con Discapacidad (en adelante el Comité), y en sendos informes de 2011 y 2019, había trasladado al Estado español manifestando su preocupación por el mantenimiento legislativo, en materia civil, de medidas sustitutivas de la toma de decisiones.

En este sentido, ha tenido que transcurrir más de una década des-de la entrada en vigor en España de la CDPD para ver materializada, en su legislación interna, la reforma civil que reemplaza un régimen de sustitución de las decisiones por un modelo que reconoce la capa-cidad jurídica de todas las personas con discapacidad sin restricción, estableciendo un sistema de apoyos en la toma de decisiones de ca-rácter individualizado que respete su voluntad, deseos y preferencias, conforme al modelo social y de derechos humanos implícito en el tratado.

Esta importante reforma, cristalizada a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021), introdujo también, en consonancia con su perspectiva legislativa, los cambios necesarios para la parti-cipación de las personas en sede judicial, como traducción lógica al derecho procesal, en su derecho a entender y ser entendidas.

Entre estos cambios, integrados a través de los artículos 7bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) y de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), se determina la realización de adaptaciones y ajustes referidos a la comunicación, la comprensión y la interacción en todas las fases y actuaciones, así como la intervención de una persona ex-perta facilitadora para la realización de dichas tareas de adaptación y ajuste, al objeto de que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

Con el tiempo, la Ley 8/2021 ha venido acompañada de nuevas modificaciones que han ido, progresivamente, dando forma a un cuerpo legislativo procesal para que la persona con discapacidad, con plena capacidad jurídica y como sujeto de derechos y obligaciones, pueda intervenir en el proceso en el que se encuentre involucrada con todas las garantías.

Entre las reformas posteriores destacan las introducidas a raíz del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (en adelante, RDL 6/2023). Desde este RDL 6/2023, se reelabora la redacción del artículo 7bis de la LEC para añadir a las personas mayores, y refiriendo a aquellas con una edad de sesenta y cinco años en adelante. A su vez, modifica también el artículo 109 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) en el que, con redacción similar al citado 7bis de la LEC, se especifican las condiciones que garantizan la participación de la persona con discapacidad en el proceso judicial, especificando igualmente que las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

Dicha reforma, aun con su relevancia, no aporta mayor o diferente garantía a la ya establecida con anterioridad (Consejo General del Poder Judicial, 2024 pág. 9 punto 24), dado el carácter supletorio de la LEC y recogido en su artículo 4 cuando dice: *«en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley»*.

A todas las reformas ya mencionadas, coadyuvan posteriores incorporaciones legislativas, comenzando por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (en adelante RDLeg 1/2013), para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación (en adelante Ley 6/2022) y que, con su Reglamento de desarrollo actualmente en fase de Audiencia e información pública, introduce en el artículo 29bis las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva para asegurar la comprensión, la comunicación y la interacción en los ámbitos de aplicación de la Ley, entre los que se encuentra la Administración de justicia (artículo 5f). La convergencia con la Ley 6/2022 de los artículos 7bis de la LEC y la LJV así como el artículo 109 de la LECrim es evidente, por cuanto el propósito de la implementación de soluciones de accesibilidad cognitiva tiene por objeto permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas.

A su vez, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, incluye también en su artículo 19 el

derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la administración de justicia.

Por último, mencionar el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público (en adelante, RD 193/2023), explicitando en su artículo 27 sobre las administraciones públicas la garantía de la accesibilidad universal y la prestación de apoyos, incluyendo de nuevo la figura de la persona facilitadora.

Estas dos últimas referencias legislativas vienen a ratificar, por un lado, la preceptiva no discriminación en el acceso a la justicia y, por otro, la introducción de la accesibilidad (incluyendo la accesibilidad cognitiva) y la persona facilitadora, para asegurar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

A su vez, este cuerpo legislativo se entrelaza con legislación ya existente, como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que, en su artículo 18.2 recoge que *«se garantizará, a través de los medios necesarios, que las mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes. Esta información deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad, tales como lengua de signos u otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos»*. Asimismo, su convergencia con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y que recoge en su artículo 4 el derecho a entender y ser entendida de la víctima, o el artículo 11 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, sobre el derecho de las víctimas a ser escuchadas, supone, si se permite la apreciación, una *actualizada interpretación* habida cuenta que, en el momento actual, y como efecto de las modificaciones legislativas antedichas, todas las personas con discapacidad sin excepción pueden, en su interacción al acceder a la justicia, utilizar su medio comunicativo habitual y tener garantizado que dicho entorno se ajusta a sus capacidades para que entiendan y sean entendidas en el procedimiento en el que se encuentran inmersas.

Mención singular merecen las Reglas de Brasilia que, aunque no tienen carácter vinculante, sí representan opinión autorizada dado el refrendo de las instituciones judiciales que participaron en su elaboración. Así, y citando su Regla número 1 *«tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas*

en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan el pleno reconocimiento y goce de los Derechos Humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales» (Delgado, 2019 pág. 17). De las numerosas menciones que se realizan a la comunicación, se destacan aquí la Regla número 8, que enuncia que *«se establecerán las condiciones necesarias de accesibilidad para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación, sea ésta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural (...)*» (Delgado, 2019 pág. 31), y la Regla 58, que explicita que *«toda persona en condición de vulnerabilidad, tiene el derecho a entender y ser entendida. Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión de las actuaciones judiciales, en las que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado»* (Delgado, 2019 pág. 132).

Por último, como marco y base fundamental que ha de guiar la legislación citada para armonizarse a su mandato como norma suprema, el recientemente reformado artículo 49 de la Constitución Española no solo ha venido a dignificar la denominación referida a las personas con discapacidad, para su adecuación a la terminología empleada en el tratado, sino que la mención a los entornos accesibles para la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad implica también, por un lado, reforzar la transversalidad del principio de accesibilidad recogido en el artículo 3f) de la CDPD y que el Comité, en su Observación general número 2 de 2014, concibe como *«condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones»* (pág. 1) y, por otro, activar de nuevo la maquinaria de reformas para que dicho mandato resulte de efectivo cumplimiento, removiendo obstáculos e implementando actuaciones de accesibilidad en todos los entornos, incluyendo por lo tanto, la accesibilidad cognitiva y el ámbito de la justicia.

Por todo lo ya expuesto, puede aseverarse que los cambios introducidos para armonizar la legislación nacional a lo establecido en la CDPD, tienen por objetivo transformar un sistema judicial tradicionalmente paternalista y capacitista hacia las personas con discapaci-

dad, por un renovado sistema que reconoce su personalidad jurídica, desterrando la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Este obstáculo jurídico, construido sobre los modelos de prescindencia y modelo médico de la discapacidad, había restringido por años que las personas con discapacidad fueran partícipes con plenitud decisoria de su proyecto vital, sustituyendo su voluntad y manteniéndolas al margen de la administración de justicia. Su eliminación definitiva de la legislación ha supuesto, por lo tanto, no solo el reconocimiento de su capacidad jurídica sin distinción, sino integrar un sistema de apoyos concebidos de manera amplia (Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016), y que deben implementarse para ver garantizado su ejercicio.

Dado el escenario jurídico actual, si la capacidad jurídica reconoce a la persona con discapacidad la titularidad de sus derechos y su ejercicio efectivo con los apoyos necesarios y adecuados, en correspondencia también se reconoce como facultada para su acceso a la justicia en igualdad de condiciones y con estos apoyos. Así lo establece el artículo 13 de la CDPD, con reflejo en el derecho a la tutela judicial efectiva ya recogida en nuestra Constitución española en su artículo 24, así como en el artículo 6, derecho a un proceso equitativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 47, derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No obstante, estimar que con solo la ratificación de la CDPD y los sucesivos cambios e incorporaciones legislativas para su armonización, incluyendo la incorporación de la figura experta facilitadora, el conjunto de personas con discapacidad puede ejercer su derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones, dista de ser una realidad ya implementada.

Las barreras en la interacción comunicativa que algunas personas con discapacidad encuentran en el acceso al sistema de justicia pueden presentarse como obstáculos infranqueables, y convertir la normativa citada en una declaración de intenciones sin aterrizaje práctico y real. A su vez, la incipiente regulación de la figura experta facilitadora y el desempeño de sus funciones, en lo referido a personas con discapacidad que se comunican con productos de apoyo, genera ciertos interrogantes que, de no evidenciarse, pueden convertir también en barrera a una figura profesional que surge, precisamente, como apoyo facilitador.

Estas cuestiones justifican estudiar en mayor profundidad el actual planteamiento de esta figura experta y sugerir propuestas de ajusto

tes de procedimiento en el acceso a la justicia de personas con discapacidad que se comunican con productos de apoyo, puesto que, como expresa el Consejo General del Poder Judicial (2024) «*el derecho de la persona con discapacidad a entender y ser entendida se configura como el presupuesto imprescindible para que la participación de la persona con discapacidad se produzca en condiciones de igualdad*» (Consejo General del Poder Judicial, 2024 pág. 20 punto 72).

III. OBJETIVO Y MÉTODO

El objetivo de este estudio es evidenciar la contribución del experto facilitador al efectivo ejercicio del derecho a entender y ser entendidas de personas con discapacidad que utilizan productos de apoyo para comunicarse en su acceso a la justicia.

Para su desarrollo se ha procedido a la recopilación, lectura y estudio de documentos cuya temática aborda el acceso a la justicia para personas con discapacidad desde el enfoque de los Derechos Humanos, la Comunicación Aumentativa – Alternativa mediante productos de apoyo o la facilitación, así como la legislación nacional citada.

Su análisis relacional permite desarrollar una exposición argumental sólida que responda al objetivo propuesto, elaborando un planteamiento que describe, *en primer lugar*, qué personas con discapacidad se comunican habitualmente con productos de apoyo y la caracterización general de este medio comunicativo; *en segundo lugar*, la vinculación entre los ajustes de procedimiento para que este grupo de personas pueda entender y ser entendidas en su acceso a la justicia y la figura del experto facilitador; *por último*, y en un apartado de conclusiones, se sintetizan cuestiones importantes sobre el desempeño de dicha figura experta en sus funciones de facilitación con este grupo de personas.

IV. PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DIFICULTADES COMUNICATIVAS

IV.A. Las dificultades comunicativas y su relación con el derecho a entender y ser entendida

El derecho a ser entendida implica conocer las dificultades que pueden experimentar algunas personas con discapacidad en su comunicación oral, ya sea como consecuencia de alteraciones en las

funciones del habla, del lenguaje o de ambas. Así, algunas personas con discapacidad tienen dificultades en la producción del habla que complican su inteligibilidad y, en consecuencia, resulta complejo comprender el mensaje que expresan; otras personas presentan dificultades en las funciones del lenguaje y como resultado, su expresión puede verse comprometida en aspectos como, por ejemplo, el uso del léxico, su organización gramatical o la coherencia semántica de su discurso, entre otros aspectos; algunas personas con discapacidad, a su vez, pueden presentar dificultades en ambas funciones en combinación, lo que complejiza comprender qué están comunicando.

El derecho a ser entendida implica también conocer las dificultades que pueden experimentar algunas personas con discapacidad en su comunicación escrita. En este sentido, algunas personas con discapacidad, y aun cuando saben escribir, no pueden realizar los trazos manuales necesarios debido a sus limitaciones de movilidad; otro grupo de personas con discapacidad, por el contrario, presentan dificultades para el aprendizaje de la escritura o bien, y debido a una situación sobrevenida, han perdido dicha capacidad (p.ej. tras un ictus).

Por otro lado, *el derecho a entender* supone identificar las dificultades en la comprensión oral y/o la comprensión lectora. A este respecto, a algunas personas con discapacidad puede resultarles complejo comprender la información transmitida por su interlocutor en una interacción conversacional (dificultades en la comprensión oral) y/o comprender un documento escrito (dificultades en la comprensión lectora), lo que depende entre otros aspectos, del vocabulario empleado, la estructura gramatical o el tema sobre el que versa.

En síntesis, la combinación de las anteriores limitaciones ofrece un escenario caracterizado por su heterogeneidad, conformado por personas con discapacidad que pueden presentar dificultades en las funciones del habla, del lenguaje oral y/o escrito en su vertiente expresiva o comprensiva, así como todas en su posible combinación. A estas pueden venir acompañadas otras en la movilidad (p.ej. requerir el uso de silla de ruedas), o en la cognición (p.ej. funciones de la memoria o la atención).

Dentro del grupo de personas con discapacidad que pueden presentar estas dificultades se encuentran, entre otras, personas con parálisis cerebral, trastorno del espectro del autismo, discapacidad intelectual, trastorno específico del lenguaje, afasia tras un daño cerebral adquirido, esclerosis múltiple o esclerosis lateral amiotrófica.

IV.B. Comunicación Aumentativa – Alternativa con productos de apoyo en el derecho a entender y ser entendida

A fin de compensar sus limitaciones en la comunicación oral este grupo de personas emplea diferentes tipos de códigos para comunicarse, adaptados a sus necesidades específicas. Así, si no sabe escribir o presenta una escritura no funcional, utilizará un código comunicativo basado en imágenes (p. ej. fotografías, pictogramas). Por el contrario, si la persona sabe escribir se comunicará mediante un código alfabético. Ambos tipos de código se representan de manera visual ubicados en lo que se conoce como productos de apoyo para la Comunicación Aumentativa – Alternativa. A continuación, se explica en qué consisten ambos conceptos.

Siguiendo la definición del Centro de Referencia Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (Ceapat) del Imserso, recogida como referencia dentro del II Plan Nacional de Accesibilidad Universal España País Accesible (2023), se entiende por Comunicación Aumentativa – Alternativa *«al medio que emplea una persona con dificultades en la comunicación oral, para expresarse e interactuar de forma efectiva en cualquier entorno, contando para ello con los apoyos necesarios y adecuados a sus capacidades, cuyo uso es compartido con sus interlocutores, y que le posibilita el ejercicio de sus derechos, así como su participación activa en la sociedad, en igualdad de oportunidades. Se considera comunicación aumentativa cuando el medio empleado por la persona complementa y acompaña a su comunicación oral. Se considera comunicación alternativa cuando el medio empleado sustituye a la comunicación oral. Ambos tipos de comunicación permiten que la persona pueda desplegar todo su potencial comunicativo. Fuente: Centro de Referencia Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEAPAT)»* (II Plan Nacional de Accesibilidad Universal España País Accesible, 2023 pág. 66).

En otras palabras, y en base a esta definición, el conjunto de personas descrito en el epígrafe anterior emplea un código comunicativo ajustado a sus necesidades y capacidades que, incorporado en un producto de apoyo, les posibilita expresarse e interactuar socialmente con sus interlocutores y en diversidad de entornos de participación, ya sea complementando una comunicación oral ininteligible o bien sustituyendo a esta en su ausencia. En acuerdo con ello, dentro de los entornos de interacción se incluirían los vinculados al ámbito de la justicia.

La Comunicación Aumentativa – Alternativa se reconoce como un instrumento de despliegue de la accesibilidad cognitiva, tal como se menciona en el modificado artículo 2k) del RDLeg 1/2013 cuando especifica que esta *«se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil,*

sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin (...)».

Por otro lado y según la Norma Española UNE-EN ISO 9999:2023 Productos de apoyo, Clasificación y terminología (ISO 9999:2022), un producto de apoyo es aquel «*que optimiza el funcionamiento de una persona y reduce la discapacidad*» (Asociación Española de Normalización, 2023 pág. 8). En lo que aquí respecta, el producto de apoyo para la Comunicación Aumentativa – Alternativa optimiza el funcionamiento en el habla y/o lenguaje de la persona y reduce su discapacidad comunicativa. A su vez, y dentro del nivel denominado «*productos de apoyo para la comunicación cara a cara*» (Asociación Española de Normalización, 2023 pág. 89), se recogen los principales tipos de productos habitualmente utilizados por este grupo de personas, clasificados entre productos no tecnológicos, como los tableros y cuadernos y productos tecnológicos, como los comunicadores y los programas informáticos (*software*) de comunicación.

Siguiendo la descripción realizada en Delgado (2023), los tableros y cuadernos de comunicación son soportes no tecnológicos, a modo de carpeta, cuaderno, díptico, tríptico, etc. Sobre sus páginas (que pueden ir desde una en un tablero hasta varias en un cuaderno), se colocan los elementos del código que la persona requiere para comunicarse, ya sean imágenes o el alfabeto/palabras completas escritas. Por su parte, un comunicador es un dispositivo cuya función es específicamente la Comunicación Aumentativa – Alternativa, existiendo comunicadores con posibilidad de emitir diferente número de mensajes. Por último, los programas informáticos de Comunicación Aumentativa – Alternativa, instalados en diferentes dispositivos (p.ej. un ordenador, una tableta, un teléfono inteligente), permiten a la persona comunicarse a través de los elementos del código presentados en la pantalla. La ventaja de su uso es la incorporación de síntesis de voz, que permite hacer audible el mensaje de la persona usuaria.

A su vez cada persona, en función a su movilidad, utiliza estos productos de manera independiente o con apoyo parcial/total de su interlocutor, pudiendo darse tres situaciones generales. En primer lugar, la persona puede, por sí misma, seleccionar sobre el producto aquellos elementos comunicativos que conforman el mensaje a expresar; en segundo lugar, la persona emplea un producto tecnológico y, debido a sus dificultades de movilidad, requiere usar otro producto que facilite el acceso a los elementos del código comunicativo. Entre estos productos para el acceso se encuentran los ratones adaptados, ratones controlados con los movimientos de la cabeza, los lectores oculares (ratones controlados con la mirada) y los pulsadores. A través de estos

productos, conectados a su dispositivo o integrados en este, la persona selecciona los elementos del código para expresar el mensaje deseado; una tercera posibilidad surge en el empleo de productos no tecnológicos, cuando la persona no puede señalar directamente por sus dificultades en la movilidad. En estos casos su interlocutor, a modo de apoyo, es quien ayuda a través de estrategias individualizadas de preguntas/respuestas a que, mediante un acuerdo de afirmación/negación (p. ej. un gesto facial; un guiño; mirada hacia un lado concreto), la persona le indique los elementos que conforman el mensaje a transmitir, prestando este interlocutor su voz para hacer audible dicho mensaje.

Teniendo en cuenta lo descrito, puede colegirse que el grupo de personas usuarias de estos productos para comunicarse pueden enfrentar diversidad de barreras para ser entendidas en su acceso a la justicia, que se complejizan todavía más si, a su vez, también experimentan dificultades en la comprensión de la información oral y/o escrita transmitida e intercambiada durante el procedimiento judicial en el que se encuentren involucradas.

Así se pone de manifiesto en la Observación general número 2 sobre el artículo 9 accesibilidad, elaborada por el Comité en el año 2014, advirtiendo que *«no puede haber un acceso efectivo a la justicia (...) si no son accesibles los servicios, la información y la comunicación que proporcionan»* (pág. 12).

También esta situación se alerta desde la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2017, que expresa que *«las barreras a la comunicación pueden impedir tener acceso a la información, comprender los procesos jurídicos o dialogar con jueces, abogados y otros interlocutores»* (pág. 7).

A su vez, añade que el acceso de las personas con discapacidad a la justicia entraña no solo *«la eliminación de barreras a fin de asegurar el acceso a los procedimientos judiciales para interponer recursos adecuados en igualdad de condiciones con las demás personas, sino también la promoción de la intervención y participación activas de las personas con discapacidad en la administración de justicia»* (pág. 5), determinado además que *«(...) el artículo 13 debe leerse conjuntamente con el artículo 5 sobre la igualdad y la no discriminación, a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. El acceso a la justicia requiere derechos habilitadores para las personas con discapacidad, en especial el igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), y la accesibilidad, que comprende medios diversos de comunicación y de acceso a la información (arts. 9 y 21)»* (pág. 6).

Considerando el marco legislativo actual, tomar conciencia sobre el negativo efecto de estas barreras de accesibilidad a la comunicación y la información para que la persona sea entendida con su producto comunicativo habitual, y entienda lo que a su vez le comunican, debe tener su correspondiente reflejo material como respuesta. Para ello, a la remoción de obstáculos, sobre la base de un mandato constitucional de entornos universalmente accesibles, y donde la accesibilidad es condición previa, confluyen la realización de ajustes y adaptaciones para garantizar que pueda expresarse con su medio comunicativo y, al mismo tiempo, disponga de apoyos facilitadores que garanticen su comprensión e intervención protagónica en igualdad de condiciones.

La especial naturaleza de la Comunicación Aumentativa – Alternativa con productos de apoyo, la diversidad comunicativa que caracteriza a las personas usuarias de estos productos y, por ende, la personalización de su recurso para adecuarse a sus necesidades, ofrece como resultado una heterogeneidad del colectivo que precisa el diseño y propuesta de ajustes y adaptaciones, específicos y concretos para cada persona en particular.

En otras palabras, las personas usuarias de productos para comunicarse requieren que, en su acceso a la justicia, se tomen en cuenta sus dificultades en la expresión oral/escrita y, atendiendo a cómo se comunican a través de un producto de apoyo que compensa dichas dificultades, se diseñen ajustes de procedimiento individualizados que les permitan ser entendidas, así como entender toda la información que reciban si, al mismo tiempo, presentan dificultades en la comprensión oral/escrita.

A continuación se expone, en mayor detalle, qué son los ajustes de procedimiento, qué se entiende por persona experta facilitadora, y criterios clave a tener en cuenta en estos ajustes cuando se diseñan para asegurar que una persona con discapacidad que se comunica con productos de apoyo entienda y sea entendida.

V. AJUSTES DE PROCEDIMIENTO EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE SE COMUNICAN CON PRODUCTOS DE APOYO

V.A. Definición de ajustes de procedimiento y del profesional experto facilitador: relación con la comunicación con productos de apoyo

Los Principios y Directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad (Organización de Nacio-

nes Unidas, 2020), referencia fundamental para guiar la transformación del sistema de justicia por mandato del artículo 13 de la CDPD, describen como ajustes de procedimiento a *«todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, cuando se requieran en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. A diferencia de los ajustes razonables, los ajustes de procedimiento no están limitados por el concepto de “carga desproporcionada o indebida”»* (pág. 10).

Con base en este concepto, los ajustes de procedimiento se conciben como todos los factores facilitadores necesarios para que una persona con discapacidad que se comunica con un producto de apoyo acceda, en igualdad de condiciones, a todas las etapas del proceso judicial en el que se encuentra inmersa, con independencia del rol que tome en este.

A sensu contrario, la no provisión de ajustes de procedimiento sería considerada una barrera de acceso a la justicia que supone una forma de discriminación, como así se reconoce desde la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017) al determinar que *«la obligación de proporcionar ajustes de procedimiento se desprende directamente de los derechos civiles y políticos. Está directamente vinculada al principio de no discriminación y no puede ser objeto de realización progresiva (...) el hecho de no proporcionar ajustes de procedimiento cuando una persona con discapacidad concreta los requiera constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad en relación con el derecho de acceso a la justicia»* (pág. 8).

La intervención del experto facilitador puede concebirse, por lo tanto, como un fin y como un medio. Así, es el primer y principal ajuste de procedimiento en el acceso a la justicia de personas con discapacidad que se comunican con productos y, además, el medio para asegurar que estas entiendan y sean entendidas con todas las garantías en su interacción comunicativa con los operadores jurídicos. A su vez, su participación supone implementar una medida de accesibilidad cognitiva en justicia.

La figura de la persona facilitadora aparece definida en el RD 193/2023, que a su vez recoge la definición incluida en los Principios y Directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad (Organización de Naciones Unidas, 2020), y que ha sido la utilizada en el artículo, 3 concepto de personal experto facilitador del DECRETO 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de

Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid (en adelante, DECRETO 52/2024).

Así, en su artículo 2f) el RD 193/2023 define a la persona facilitadora como *«persona que trabaja, según sea necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar una comunicación eficaz durante todas las fases de los procedimientos judiciales. La persona facilitadora apoya a la persona con discapacidad para que comprenda y tome decisiones informadas, asegurándose de que todo el proceso se explique adecuadamente a través de un lenguaje comprensible y fácil, y de que se proporcionen los ajustes y el apoyo adecuados. La persona facilitadora es neutral y no habla en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirige o influye en las decisiones o resultados»*.

Determina el Consejo del Poder Judicial (2024) que la introducción de esta figura *«da así por primera vez cobertura legal a la figura de un profesional experto encargado de asistir a la persona con discapacidad para facilitar su acceso a la justicia, enmarcando el legislador esta figura, como es de ver, dentro de los ajustes que deben realizarse para que las personas con discapacidad puedan participar y acceder a la justicia en condiciones de igualdad, reconociendo y garantizando su derecho a entender y ser entendidas en los procesos que deban intervenir»* (Consejo General del Poder Judicial, 2024 pág. 27 punto 22), lo que reafirma la afirmación anterior; a saber, que este profesional experto se concibe como medio y fin en sí mismo.

A la luz de lo expuesto hasta este punto, en un entorno de justicia que se pretende sea universalmente accesible, desde una dinámica transformadora que ha de concebirse como continua y cambiante pues ha de concretarse, de manera particular, en las necesidades de cada persona con discapacidad, la función desempeñada por esta figura facilitadora se revela crucial, ya que de su labor depende que, en acuerdo con esta diversidad y en el respeto a la misma, cada persona usuaria de productos de apoyo para comunicarse que participe en un procedimiento judicial tenga garantizados los ajustes adecuados a su individualidad comunicativa para que pueda entender y ser entendida, en igualdad de condiciones.

Esta figura profesional, denominada en otros países como Intermediaries, Communication Intermediaries o Communication assistant, (en España referido como facilitador, facilitador procesal, persona facilitadora, experto facilitador o facilitador de la comunicación),

lleva ejerciendo sus funciones desde hace años en países como Reino Unido, Irlanda del Norte, Nueva Zelanda o Canadá (Taggart, 2023; Ministry of Justice. United Kingdom, 2023; Ministry of Justice. New Zealand, 2021; Birenbaum & Collier, 2017; The Advocate's Gateway, s. f.), con diferencias notables sobre lo planteado por el Estado español en las reformas citadas, como el ámbito de intervención, donde en estos países se dirige principalmente al ámbito penal, o las personas destinatarias, generalmente víctimas y en menor medida y en ocasiones con diferencias en la gestión, a personas acusadas.

El planteamiento actual, añadiendo en la última reforma a las personas mayores junto a las personas con discapacidad, ofrece un reto mucho más ambicioso para el sistema de justicia español y, a su vez, mucho más inclusivo e igualitario.

Adecuando su definición al grupo de personas objeto de este estudio, el facilitador se concibe como un profesional que trabaja para el sistema de justicia y cuya principal función es asegurar la comunicación comprensiva bidireccional entre la persona con discapacidad que se comunica con productos de apoyo y los demás intervinientes del proceso en el que participa, asegurando que se proporcionen los ajustes y el apoyo adecuados a su especificidad comunicativa.

A su vez, esta figura experta debe diferenciarse del acompañante de la persona con discapacidad, perfil que aparece citado también en los artículos 7bis de la LEC y la LJV, así como en el artículo 109 de la LECrim. Tampoco debe confundirse con un intérprete de lengua de signos o con un mediador comunicativo, profesionales con los que en algunas ocasiones tendrá que trabajar en conjunto dependiendo de la discapacidad que presente la persona a la que asiste.

Por otra parte, y citado explícitamente en su definición, uno de los principios que debe guiar su actuación es la neutralidad, que implica un desempeño respetuoso con las voluntades, deseos y preferencias de la persona, limitándose con sus funciones y de manera imparcial, a asegurar que la persona puede comunicarse con su producto de apoyo, y que el mensaje transmitido es entendido con independencia del código comunicativo que emplee, así como asegurar que entiende la información que recibe, sea esta oral o en forma escrita.

Además del principio de neutralidad, y junto a los principios de necesidad de actuación y proporcionalidad y el principio de confidencialidad recogidos en el artículo 6 principios de actuación del DECRETO 52/2024, se incluye el principio de asistencia personalizada en su letra c), y cuyo literal determina que *«los ajustes en general, y en particular los relacionados con el lenguaje y la comunicación se adap-*

tarán a las necesidades y a la forma de comunicarse de cada persona». Este principio da cuenta de la importancia de que esta figura experta conozca la diversidad comunicativa en la discapacidad y, en lo que a este estudio respecta, tenga conocimiento y experiencia en profundidad sobre cómo interactuar con personas con discapacidad que presentan dificultades en el habla y/o lenguaje y que se comunican, para compensar estas, mediante productos de apoyo para la Comunicación Aumentativa – Alternativa.

Esta cuestión es tan relevante que incluso sobre la necesaria especialización profesional, también se manifiesta en su Informe el Consejo General del Poder Judicial (2024), por ejemplo, cuando señala «(...) *ante la inexistencia de un único tipo de experto facilitador a modo de facilitador universal (...)*»; «(...) *con la finalidad de que la asignación del personal experto facilitador se adecúe plenamente a esas necesidades concretas*» (pág. 18, punto 64).

Sin embargo, y a pesar de que ya han pasado más de tres años desde la introducción de la figura del facilitador en la legislación, apenas se cuenta con desarrollo práctico especializado en su desempeño con personas con discapacidad y dificultades en el habla y/o lenguaje que se comunican con productos de apoyo. Hasta su reconocimiento legislativo explícito y aplicación a toda la discapacidad en general (incluyendo en algunos ámbitos a las personas mayores), las experiencias de intervención han partido desde entidades del tercer sector y fundamentalmente dirigidas a personas con discapacidad intelectual no siempre usuarias de estos medios, al comunicarse en muchos casos de forma oral.

Por esta razón, hasta que la experiencia y el conocimiento acumulados a través del tiempo y la práctica en la facilitación permitan mostrar qué ajustes resultan efectivos en procedimientos en los que interviene una persona que se comunica con productos de apoyo, puede recurrirse a la descripción de esta forma de interacción comunicativa para sugerir propuestas. A pesar de la diversidad en el grupo de personas usuarias, dichas propuestas pueden ser de utilidad ya que se fundamentan en las características específicas de este medio comunicativo.

A continuación, y en base a lo explicado supra, se plantean y justifican propuestas de ajustes de procedimiento que pueden resultar eficaces para que la persona que se comunica con productos de apoyo entienda y sea entendida.

Dichas propuestas deben concebirse partiendo de dos premisas importantes. La primera, que se plantean en abstracto, lo que reque-

riría en la práctica su concretización para adecuarse a la especificidad comunicativa de la persona usuaria; la segunda, que como acertadamente manifiesta el Consejo General del Poder Judicial (2024), el primer paso que precisa realizar este experto facilitador es evaluar cómo se comunica la persona con su producto y las dificultades que pueda enfrentar, de manera que, en base a los resultados de dicha valoración, pueda proponer los ajustes individualizados. Recogiendo las palabras del Informe, *«el derecho fundamental de acceso a la justicia en igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad requerirá del personal experto facilitador que evalúe, diseñe y exponga los ajustes de procedimiento que, de forma individualizada, según el tipo de discapacidad, posibiliten que la persona asistida pueda entender y ser entendida, potenciando su voluntad y toma de decisiones»* (Consejo General del Poder Judicial, 2024 pág. 16 punto 53).

V.B. Propuestas de ajustes de procedimiento para facilitar que la persona con discapacidad que se comunica con productos de apoyo sea entendida

En su acceso a la justicia, es fundamental recordar que este grupo de personas puede utilizar variedad de productos de apoyo, sean de tipo tecnológico o no tecnológico, y que la persona, en la cotidianidad de su desarrollo vital, estará habituada a comunicarse con este tipo de productos en su entorno social. Por ese motivo, puede que dicho producto, y el vocabulario integrado en el mismo, no se adecúe a las necesidades de respuesta comunicativa que pueda exigir una interacción en sede judicial. En caso de que emplee código alfabético para comunicarse, podría seleccionar letra a letra en su producto hasta formar el mensaje a transmitir. Sin embargo, en un código comunicativo en imágenes, muy probablemente carezca del vocabulario que resulte necesario comunicar en este entorno. En algunos casos, y desde concepciones de la discapacidad basadas en prejuicios y estereotipos, determinado vocabulario temático nunca o casi nunca es explicado e introducido en su producto de apoyo, lo que restringe sus posibilidades de expresarse sobre ello. Entre estos temas estarían, por ejemplo, la sexualidad y las relaciones sexuales, la muerte o propia administración económica. Esta limitación, que deviene por múltiples motivos y no siempre directamente consecuencia de su capacidad de aprendizaje, debe evaluarse y tomar en cuenta para que la persona pueda ser entendida y expresarse a pesar de no contar, en su producto, con el vocabulario necesario para responder a determinadas cuestiones.

Un ajuste de procedimiento que resultaría eficaz si la persona utiliza un código comunicativo en imágenes y carece del vocabulario pertinente para responder a cuestiones concretas, es que el facilitador proporcione a los operadores jurídicos intervinientes en el proceso, alternativas de pregunta que transforman las cuestiones que plantean en otras con igual significado, pero que pueden ser contestadas con el vocabulario disponible en el producto de apoyo. Esta estrategia puede ser directa, es decir, modificar la pregunta completa sin alterar el significado, o indirecta, es decir, dividir la pregunta en subpreguntas que pueden ser respondidas con el producto y que, en su conjunto, representan el significado de la cuestión inicial.

Otro ajuste de procedimiento de utilidad en esta situación es el diseño y provisión, por parte del profesional facilitador, de elementos visuales comprensibles para la persona, y que puede coadyuvar a que exprese algunos mensajes. La presentación de apoyos visuales ha de realizarse con cautela puesto que, con esta actuación, el facilitador no debe contaminar el proceso en curso ni influir indebidamente en el sentido semántico de aquello que la persona expresaría. A su vez, en ningún caso la inclusión de imágenes debe proponerse incorporando estas en su producto de apoyo, por dos factores fundamentales para el desempeño práctico de la facilitación. En primer lugar, porque la persona facilitadora no realiza intervenciones de enseñanza dirigidas al aprendizaje del significado de las imágenes a comunicar, ya que su función no es la terapia de habilitación/rehabilitación de la actividad comunicativa de la persona. En segundo lugar, porque la persona facilitadora debe mantener una posición neutral e imparcial, y la inclusión de determinadas imágenes en el producto de apoyo podría entenderse como una alteración de su medio comunicativo y, su resultado, como una influencia inadecuada en el proceso con el impacto jurídicamente inadmisibles sobre el principio de presunción de inocencia. En síntesis, y como ajuste de procedimiento en el caso de que la persona no cuente con el vocabulario pertinente para expresarse y ser entendida en su acceso a la justicia, únicamente deben utilizarse como apoyos visuales aquellas imágenes que no supongan un proceso de enseñanza – aprendizaje y que no interfieran con los principios de imparcialidad y neutralidad de la facilitación. Debe tratarse de imágenes con carácter icónico y sin connotaciones semánticas que puedan sesgar el significado que evocan (p.ej. láminas con el dibujo de un cuerpo humano; láminas con el dibujo de una casa y sus diferentes estancias; un calendario; una línea de tiempo visual). Entre las imágenes que resultan de utilidad para expresarse en sede judicial y que no comprometen el proceso se encontrarían, por ejemplo, que la persona

pudiera comunicar «me he equivocado al elegir el pictograma, tengo que empezar otra vez» o «¿puede repetir la pregunta?».

La intervención directa del experto facilitador como ajuste de procedimiento para que la persona sea entendida es más que evidente cuando esta emplea para comunicarse un producto no tecnológico, a saber, cuadernos o tableros de comunicación, sea mediante código en imágenes o alfabético y que presenta, además, dificultades en la movilidad. En estos casos, la persona requiere de este apoyo particular para acceder y comunicarse con su producto y, de no disponerse, no podrá participar comunicativamente. Cabe destacar aquí la citada especialización mencionada en el epígrafe anterior, puesto que la persona facilitadora debe ser quien primero conozca, se familiarice y sepa cómo interactuar con una persona que requiere el apoyo del interlocutor para comunicarse con su producto, a fin de poder trasladar dicha actuación comunicativa bidireccional cuando la persona requiera expresarse y ser entendida en sede judicial. En este sentido, la persona facilitadora debe conocer en detalle cómo se comunica la persona, su acuerdo comunicativo de afirmación/negación, qué estrategias utiliza para agilizar la comunicación con su producto, cómo está organizado este para facilitar que se exprese y, al mismo tiempo, transmitir las respuestas indicadas por la persona de forma transparente, neutral y sin alteraciones semánticas, comprobando para ello que lo que enuncia en voz alta es lo que la persona desea expresar.

Una apreciación a tener en cuenta en esta situación comunicativa es que, principalmente cuando la persona utiliza un código en imágenes en productos no tecnológicos, el mensaje formado por estas se presentará a modo telegráfico, es decir, carente de partículas gramaticales como artículos, preposiciones o conjunciones, así como de conjugación verbal y de género y número, ya en el uso comunicativo habitual se economiza tiempo y el mensaje resulta comprensible. A su vez, puede ocurrir que, debido a las dificultades de lenguaje de la persona, el orden de las imágenes tampoco coincida con la sintaxis oral. Esto puede generar dudas en un contexto judicial no acostumbrado a la interacción con personas que se comunican con códigos en imágenes, surgiendo barreras que pueden cuestionar el mensaje transmitido por la forma organizativa en la que se transmite y atribuyendo a la persona una incapacidad para expresarse, a pesar de tratarse de un mensaje comunicativamente comprensible y aun cuando interviene un facilitador.

La presunción de que un mensaje en imágenes y agramatical es producto de la incapacidad de la persona para comunicarse, que

aquello comunicado mediante imágenes carece de igual valor y efectividad que lo transmitido mediante lenguaje oral o lenguaje escrito, o que lo expresado imágenes no puede ser creíble, se constituyen en barreras actitudinales dentro del sistema de justicia que colocan a la persona usuaria de este código comunicativo en una posición de extrema indefensión. El uso de este código no es equivalente a la falta de capacidad comunicativa, por lo que la presencia de esta idea preconcebida supone una barrera limitante que puede interferir significativamente en la participación real y efectiva de la persona, a pesar de que cuente con el apoyo de un experto facilitador.

Un último ajuste de procedimiento a destacar, y de notable importancia cuando una persona que se comunica con productos de apoyo accede al sistema de justicia, es la relativa al tiempo, cuestión que el profesional facilitador propondrá en la mayoría de las ocasiones como ajuste de procedimiento, y cuya implementación práctica depende de la propia organización de la administración de justicia. Por la naturaleza de este medio comunicativo, el tiempo invertido en comunicarse es significativamente mayor al oral. En el caso de indicación/pulsación directa sobre el producto, la persona requiere emplear tiempo para comprender la pregunta, pensar su respuesta, decidir qué elementos del código comunicativo necesita, buscarlos entre los disponibles y señalarlos uno a uno de manera secuencial; en el caso de utilizar un producto tecnológico al que accede con un producto de acceso, este tiempo se multiplica significativamente. Cada persona precisará un tiempo particular, propio, individual y acorde a cómo se comunica y a su forma de acceso, por lo que proporcionarle el tiempo necesario es clave en un sistema de justicia tradicionalmente acostumbrado a tiempos de espera cortos y dinámicas de interacción rápidas.

Relacionado con el tiempo, o más concretamente, con apremiar a la persona a que sea más rápida para comunicarse con su producto, es clave la advertencia al operador jurídico interviniente de, no solo proporcionar el tiempo necesario para que esta termine de componer su mensaje, sino también permitir la rectificación de un elemento del código que ha elegido, si manifiesta de alguna forma que se ha equivocado en su selección. Esto es especialmente importante cuando utilizan programas informáticos de comunicación y productos de apoyo para el acceso. Es decir, se trataría de alertar al operador jurídico interviniente de que esta situación puede darse, a fin de evitar que este error de selección pueda concebirse como una incapacidad de la persona para comunicarse, sea con imágenes o con código escrito. El uso de productos para el acceso implica un manejo que, en ocasiones,

puede convertirse en un proceso arduo, cansado físicamente y con gran carga atencional, en el que eventualmente pueden cometerse errores al seleccionar un elemento de entre los disponibles. En estos casos, debe proporcionarse a la persona el tiempo necesario para corregir su fallo de selección y no tomar en cuenta el elemento erróneo como parte de su discurso, a pesar de que este permanecerá visible en la pantalla hasta su corrección. Además, no debe interrumpirse a la persona mientras lo elimina y busca de nuevo el elemento deseado, puesto que cualquier alteración puede distraer su atención y provocar que se equivoque de nuevo y tenga que volver a empezar la búsqueda de dicho elemento.

V.C. Propuestas de ajustes de procedimiento para facilitar la comprensión de la información oral y/o escrita, de la persona con discapacidad que se comunica con productos de apoyo

Algunas personas con discapacidad usuarias de productos de apoyo para comunicarse, pueden presentar también dificultades en la comprensión oral y/o en la comprensión lectora.

La adaptación del mensaje transmitido en forma hablada a la comprensión oral de la persona, asegurará su entendimiento. Además, este ajuste no solo facilitará que comprenda la información oral intercambiada con ella, sino también aquella comunicada entre sí por los demás intervinientes. La implementación de este ajuste de procedimiento puede realizarse de manera directa por los operadores jurídicos, que adecuarán su lenguaje oral a la comprensión de la persona, o bien mediante la actuación facilitadora, a través de la transformación del mensaje por el facilitador, que traslada a la persona un mensaje con igual significado pero construido con una sintaxis más sencilla y empleando términos de mayor frecuencia de uso y comprensibilidad.

Este ajuste puede acompañarse de apoyos visuales, que pueden presentarse en dos tipos. Aquellos creados ad hoc, con las características especificadas en el epígrafe anterior, o utilizando su propio recurso comunicativo, señalando en el mismo aquella imagen que representa el concepto oral transmitido, siempre que dicha imagen forme parte del código comunicativo disponible.

En lo que respecta a la comprensión lectora, los ajustes de procedimiento se dirigen principalmente a reelaborar el contenido escrito por el experto facilitador que, dependiendo de las dificultades de la persona, puede optar por adecuar este contenido a lenguaje claro o

bien realizar una adaptación a Lectura Fácil. Atendiendo a la Norma Española UNE-ISO 24495-1 Lenguaje claro Parte 1: Principios rectores y directrices, cuya referencia en la definición del lenguaje claro remite a la Federación Internacional del Lenguaje Claro (International Plain Language Federation), describe este como «*un comunicado en el que la redacción, la estructura y el diseño son tan sencillos que los lectores (...) a los que va dirigido pueden fácilmente – encontrar lo que necesitan; – comprender lo que encuentran; y – utilizar esa información*» (Asociación Española de Normalización, 2024 pág. 6). Por su parte, la Norma Española Experimental UNE 153101 EX Lectura Fácil Pautas y recomendaciones para la elaboración de documentos, define Lectura Fácil como un «*método que recoge un conjunto de pautas y recomendaciones relativas a la redacción de textos, al diseño/maquetación de documentos y a la validación de la comprensibilidad de los mismos, destinado a hacer accesible la información a las personas con dificultades de comprensión lectora*» (Asociación Española de Normalización, 2018 pág. 7). La Lectura Fácil se concibe como un instrumento de despliegue de la accesibilidad cognitiva, recogido en el reformado artículo 2k) del RDLeg 1/2013 a raíz de la publicación de la Ley 6/2022.

Una vez más, las funciones de facilitación deben especializarse, ya que garantizar un resultado escrito que sea comprensible para la persona con dificultades lectoras requiere un riguroso proceso de adecuación o adaptación, la consulta con expertos juristas a fin de no alterar el significado y la verificación de la comprensibilidad del contenido. Además, no debe limitarse únicamente a la adecuación o adaptación de la sentencia, sino también de todos los documentos escritos que integran el proceso y cuya comprensión no solo la empodera, sino que la sitúa en el centro de las decisiones al respecto.

V.D. Propuestas de ajustes de procedimiento para facilitar la participación e la persona que se comunica con productos de apoyo en los entornos de justicia

Por último, y aun no vinculados directamente con ajustes de procedimiento para facilitar que la persona entienda y sea entendida, es pertinente destacar que una de las primeras barreras de acceso puede ser, precisamente, la presencia de obstáculos físicos que dificultan o impiden entrar y desplazarse por edificios y espacios en los que se imparte justicia. Como se comentaba, algunas personas que se comunican con productos de apoyo pueden presentar también dificultades en su movilidad, y requerir el uso de silla de ruedas, andador o muletas. La presencia de barreras arquitectónicas que limitan la entrada

y desplazamiento a espacios directamente asociados con la administración de justicia (como juzgados, salas y oficinas), así como a otros no directamente relacionados pero igualmente esenciales para su uso (como baños, ascensores, pasillos o zonas de espera), representa un desafío que puede obstaculizar de manera muy significativa su acceso a la justicia.

Por otro lado, algunas personas que se comunican con productos pueden presentar, a su vez, hipersensibilidad acústica/visual, que requiere la eliminación de barreras sensoriales que impactan en su participación comunicativa como consecuencia de un entorno sensorial inaccesible.

VI. CONCLUSIONES

Las personas con discapacidad que se comunican con productos de apoyo pueden enfrentar barreras de diferente naturaleza que comprometen seriamente su derecho a acceder a la justicia en igualdad de condiciones. Las modificaciones legislativas a tal efecto, bajo el marco constitucional del reformado artículo 49 y de la CDPD, introducen la implementación de ajustes de procedimiento que, reconocido su objeto y aplicación sobre la comprensión, la comunicación y la interacción, buscan adaptar el entorno judicial a las necesidades comunicativas de estas personas y así, a través de estas adaptaciones, garantizar que puedan entender y ser entendidas utilizando su producto de apoyo para la comunicación.

Sin embargo, el uso de un producto de apoyo para comunicarse puede no ser suficiente para asegurar que la persona participe plenamente en el proceso. Los operadores jurídicos pueden constituirse en barreras insalvables si no se ajustan, en su interacción, a cómo se comunica la persona con su producto, así como a su capacidad comprensiva. Su ajuste no significa la vulneración de los principios procesales, sino una incorporación de medidas de accesibilidad cognitiva para adecuarse a la comunicación de la persona y asegurar así que pueda ser entendida y entender la información recibida.

Por otro lado, la incorporación de la figura del experto facilitador al sistema de justicia debe convertir en práctica diaria su continua relación con los operadores jurídicos, para la realización adecuada de los ajustes individualizados propuestos sobre la comunicación. A su vez, se ha evidenciado su necesaria especialización para asegurar un adecuado desempeño de sus funciones cuando interviene con una persona que se comunica con productos de apoyo.

Adicionalmente, se estima significativo acreditar el resultado efectivo de ajustes de procedimiento implementados cuando participa una persona que se comunica con productos de apoyo, difundiendo e intercambiando este conocimiento y experiencia para su consolidación y mejoras.

Por último, se concluye imprescindible la capacitación de los operadores jurídicos sobre qué es la Comunicación Aumentativa – Alternativa mediante productos de apoyo. Formarse y conocer en qué consisten, su funcionamiento, qué implican para la persona con dificultades en la comunicación y, al mismo tiempo, qué efectos tendría para ella su restricción o inadecuación en la interacción establecida, es esencial para fomentar una mayor conciencia sobre este medio comunicativo. La provisión de capacitación específica es insoslayable para una apertura del sistema de justicia, y por ende, de los operadores jurídicos, a la diversidad de medios comunicativos que permiten a las personas con discapacidad ejercer su derecho a entender y ser entendidas.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. (2018). *Norma Española Experimental UNE 153101 EX Lectura Fácil Pautas y recomendaciones para la elaboración de documentos*. UNE.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. (2023). *Norma Española UNE-EN ISO 9999 Productos de apoyo Clasificación y terminología (ISO 9999:2022)*. UNE.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN. (2024). *Norma UNE-ISO 24495-1 Lenguaje claro Parte 1: Principios rectores y directrices*. UNE.

BIRENBAUM, J., & COLLIER, B. (2017). *Communication Intermediaries In Justice Services*.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (2011). *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención 2011 (CRPD/C/ESP/CO/1; p. 9)*. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FESP%2FCO%2F1&Lang=en

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (2014). *Observación general N° 2 Artículo 9: Accesibilidad*. <http://>

www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-2-Art%C3%ADculo-9-Accesibilidad.pdf

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (2014). *Observación general Nº 2 Artículo 9: Accesibilidad*. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-2-Art%C3%ADculo-9-Accesibilidad.pdf>

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (2019). *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España (CRPD/C/ESP/CO/2-3; p. 15)*. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FCO%2FESP%2FCO%2F2-3&Lang=en

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (2024). *Informe sobre el Proyecto de Decreto por el que se establece el servicio y se regula la figura del experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las Sedes Judiciales de la Comunidad De Madrid* (p. 36). <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-proyecto-de-Decreto-por-el-que-se-establece-el-servicio-y-se-regula-la-figura-del-experto-facilitador-para-prestar-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-las-sedes-judiciales-de-la-Comunidad-de-Madrid>

DELGADO MARTÍN, J. (2019). *Guía comentada de las Reglas de Brasilia Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* (23; Herramientas EurosociAL, p. 186). Programa EUROsociAL.

DELGADO SANTOS, C. I. (2023). Comunicación Aumentativa-Alternativa con productos de apoyo. En *Comunicación Aumentativa y Alternativa: 40 años de desarrollo en España y retos futuros* (1ª, pp. 131-156). Peter Lang.

II *Plan Nacional de Accesibilidad Universal España País Accesible*. (2023). Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones. <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/estudios-publicaciones/Plan-Nacional-Accesibilidad.htm>

Instituto Nacional de Estadística. (s. f.). INE. Recuperado 30 de marzo de 2024, de <https://ine.es/index.htm>

MINISTRY OF JUSTICE. NEW ZEALAND. (2021). *Communication Assistance Quality Framework*. <https://www.justice.govt.nz/about/lawyers-and-service-providers/service-providers/communication-assistance/>

MINISTRY OF JUSTICE. UNITED KINGDOM. (2023). *Registered Intermediary Procedural Guidance Manual*. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/64e4858e4002ee000d560cf5/registered-intermediary-procedural-guidance-manual.pdf>

NACIONES UNIDAS. (2020). *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad* (Naciones Unidas). https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2017). *El derecho de acceso a la justicia según el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (A/HRC/37/25; p. 18). Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/disabilities/thematic-reports-rights-persons-disabilities>

RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (2016). *Informe sobre el acceso de las personas con discapacidad a apoyo* (A/HRC/34/58; p. 24). Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-disability/annual-thematic-reports-special-rapporteur-rights-persons-disabilities>

TAGGART, J. (2023). Intermediaries in the criminal justice system: Professional work, jurisdictions, and boundary work. *International Journal of Law in Context*, 19(4), 475-497. <https://doi.org/10.1017/S1744552323000216>

THE ADVOCATE'S GATEWAY. (s. f.). *The Advocate's Gateway*. Advocate's Gateway. <https://www.theadvocatesgateway.org>

Legislación

Constitución Española, Pub. L. No. Constitución, BOE-A-1978-31229 29313 (1978). [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1))

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, Pub. L. No. Acuerdo Internacional, BOE-A-1979-24010 23564 (1979). [https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/(1))

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Pub. L. No. Acuerdo Internacional, BOE-A-2008-6963 20648 (2008). [https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/(1))
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2010.083.01.0389.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2010%3A083%3AFULL
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Pub. L. No. Ley Orgánica 1/2004, BOE-A-2004-21760 42166 (2004). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1>
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, Pub. L. No. Ley Orgánica 8/2021, BOE-A-2021-9347 68657 (2021). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8>
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Pub. L. No. Ley 1/2000, BOE-A-2000-323 575 (2000). <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1>
- Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, Pub. L. No. Ley 25/2014, BOE-A-2014-12326 96841 (2014). <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/27/25>
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, Pub. L. No. Ley 4/2015, BOE-A-2015-4606 36569 (2015). <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/04/27/4>
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, Pub. L. No. Ley 15/2015, BOE-A-2015-7391 54068 (2015). <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15>
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, Pub. L. No. Ley 8/2021, BOE-A-2021-9233 67789 (2021). <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8>
- Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación, Pub. L. No. Ley 6/2022, BOE-A-2022-5140 43626 (2022). <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/03/31/6>

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, Pub. L. No. Ley 15/2022, BOE-A-2022-11589 98071 (2022). <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/07/12/15>

Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, Pub. L. No. Real Decreto-ley 6/2023, BOE-A-2023-25758 167808 (2023). <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/12/19/6>

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Pub. L. No. Real Decreto, BOE-A-1882-6036 803 (1882). [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1))

Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, Pub. L. No. Real Decreto 193/2023, BOE-A-2023-7417 42707 (2023). <https://www.boe.es/eli/es/rd/2023/03/21/193>

DECRETO 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid, BOCM-20240510-17 Págs. 108-122 (2024). <https://www.bocm.es/bocm-20240510-17>

EL AGUA Y EL GOBIERNO DE LOS COMUNES
El acceso al agua, un Derecho Humano por
consolidar y el Gobierno de los Comunes, una buena
fórmula para su garantía

WATER AND GOVERNMENT OF THE COMMON
Acces to water, a Human Right to be consolidated, and the
Government of the Commons, a good recipe for its guarantee

CARLOS RUBÉN FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ

Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales – Universidad Nacional
de Educación a Distancia, UNED.

Sumario: *I. Introducción. II. Perspectiva física. III. Perspectiva política. IV. Perspectiva económica. V. Principales problemas hídricos por zonas geográficas. VI. Consecuencias de las crisis hídricas. VII. Perspectiva jurídica. VIII. Nuevo marco conceptual: otra organización es posible. IX. Conclusiones. Bibliografía.*

Resumen: Este artículo evidencia la falta de garantía en el cumplimiento del Derecho Humano de acceso al agua para millones de seres humanos. Desde una visión holística, lleva a cabo un conciso repaso de los aspectos físicos, políticos, económicos y sociales que dificultan esta garantía y aborda desde un punto de vista jurídico aquellas normas internacionales que, aunque numerosas, no son suficientes para alcanzar el citado objetivo.

Propone un nuevo marco de organización basado en los trabajos de la premio nobel de economía, Elinor Ostrom, y en las líneas del pensamiento neoinstitucional de la Escuela de Bloomington, defendiendo un nuevo modelo de organización de estos recursos capaz de

garantizar un mejor reparto de los recursos hídricos mediante la aplicación de las reglas que fundamentan el Gobierno de los Comunes.

Palabras Clave: Agua; Gestión comunitaria; Acción colectiva; Gobernanza del agua; Acervo común; Gobierno de los comunes; Bienes comunes; Gobierno Local; Co-producción; Neoinstitucionalismo económico; Derechos de propiedad; Recursos Hídricos; Derechos Humanos; Recursos de uso común; Descentralización; Reglas; Escuela de Bloomington; Saneamiento; Estrés hídrico; Sostenibilidad.

Abreviaturas: Art.: Artículo; DD.HH.: Derechos Humanos; ONU: Organización de Naciones Unidas; P.: Página; RUC: Recursos de Uso Común; FAO: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura; USGS: United States Geological Survey.

Abstract: This article shows the lack of guarantee in the compliance of the Humans Rights to have access to water for millions of human beings. From a holistic vision, it carries out a concise review of the physical, political, economic and social aspects that make this guarantee difficult and addresses it from a legal point of view those international standards that, although numerous, are not sufficient to achieve the aforementioned objective.

It proposes a new organizational framework based on the work of the Nobel Prize winner in economics, Elinor Ostrom, and on Bloomington School's train of neo-institutional thoughts, this framework defends a new model of organization of these resources capable of guaranteeing a better distribution of water resources through the application of the rules that are underpinned by the Government of the Commons.

Keywords: Water; Community management; Collective action; Water governance; Common heritage; Government of the commons; Common goods; Local Government; Co-production; Economic neo-institutionalism; Property rights; Water Resources; Human Rights; Common resources; Decentralization; Rules; Bloomington School; Sanitation; Water stress; Sustainability.

Abbreviations: Item: Item; Human Rights: Human Rights; UN: United Nations Organization; P.: Page; RUC: Common Use Resources; FAO: Food and Agriculture Organization of the United Nations; USGS: United States Geological Survey.

I. INTRODUCCIÓN

El acceso al agua está considerado un Derecho Humano, si bien, en la actualidad, lejos de llegar a todos, su acceso se restringe cada vez más y la evolución muestra un empeoramiento de la situación. Las desigualdades en su acceso se incrementarán comprometiendo incluso a futuras generaciones. Esta situación precisa de una profunda reflexión a nivel mundial en lo que al tratamiento de este recurso fundamental para la vida respecta.

A tal fin, es necesario abordar la cuestión desde una visión holística. Así, desde un plano físico, el análisis debe permitir conocer los recursos hídricos disponibles y sus principales amenazas; desde un punto de vista político y sociológico, se debe alertar sobre el uso que de este recurso se puede hacer desde los estados, para influir en los flujos migratorios o en la generación de nuevos conflictos, desde un punto de vista económico, se hace preciso evidenciar los riesgos derivados de una posible privatización y la acumulación por desposesión por parte de instituciones públicas o privadas; desde un punto de vista ecológico, como factor clave en la sostenibilidad de futuras generaciones; desde un punto de vista sanitario y de salud pública, de cara a garantizar los niveles mínimos reconocidos por Naciones Unidas; para, finalmente, poder analizar desde el plano jurídico como Derecho Humano íntimamente ligado al derecho a la vida, revisar la legislación y normativa existente, su alcance y nivel de cumplimiento.

Este artículo aborda, en una fase inicial, alguno de los principales problemas y propone nuevas fórmulas de organización capaces de encontrar soluciones eficaces a tan severos problemas. En la propuesta de soluciones se toma como guía los trabajos realizados por la premio nobel de economía 2009, Elinor Ostrom, así como las líneas del pensamiento neoinstitucional de la Escuela de Bloomington para, finalmente, proponer un nuevo modelo de organización capaz de garantizar un mejor reparto de los recursos hídricos mediante la aplicación de las reglas que fundamentan el Gobierno de los Comunes.

II. PERSPECTIVA FÍSICA

Desde el punto de vista de la geografía física y en una primera aproximación cuantitativa se puede observar como el agua ocupa 360 millones de km² de la superficie terrestre, frente a los tan solo 148 millones de km² de los territorios secos. Es decir, que cerca de un 73% de la superficie total de la tierra está sumergida bajo el agua. El planeta

dispone de aproximadamente 1.386 millones de km³ de agua, si bien el 97,5 % de la misma es agua salada, siendo tan solo el 2,5 % agua dulce. Unos 35 millones de km³.¹

Centrando el foco de atención en el agua dulce disponible se puede observar que el 68% de ella se encuentra en forma de capas de hielo y glaciares; en torno a un 30% en estado líquido bajo la superficie terrestre; siendo menos del 1% el agua líquida en superficie.

Una rápida distribución de esta agua en estado líquido que se encuentra en superficie muestra que el 87% se encuentra almacenada en lagos y el 11% en pantanos, correspondiendo el 2% restante a la que fluye por los ríos.

Una de las características del reparto del agua en la biosfera es su falta de proporcionalidad en lo que respecta al reparto por todas las zonas del planeta. Así, excluyendo el agua en forma de hielo que se encuentra en los casquetes polares, se observa que Asia dispone del 36% del total de los recursos hídricos del planeta; mientras que África tan sólo alcanza el 11%. Europa, por su parte, dispone de aproximadamente el 8%. En lo que respecta al continente americano podemos encontrar el subcontinente sudamericano que alberga un 26% y Norteamérica y América central el 15%. La presencia de Oceanía en este reparto es mínima con tan sólo el 4%.²

Por su importancia en el almacenamiento de las reservas de agua dulce, en nuestro planeta es preciso acercarse al concepto de acuífero subterráneo. En una primera aproximación se entiende por acuífero subterráneo: aquellos cuerpos de roca permeable en los que se encuentra almacenada gran cantidad de agua subterránea. Existen 3 diferentes tipos: Fósiles, aquellos completamente desconectados de la superficie; confinados, aquellos parcialmente conectados a la superficie; y, finalmente, los no confinados que están abiertos al medio ambiente de la superficie.

En condiciones naturales, los acuíferos, mantienen un equilibrio hidrológico con respecto al medio ambiente presente en la superficie. Las escorrentías permiten la recarga de las aguas subterráneas, si bien, éstos ecosistemas son tremendamente frágiles pues cualquier filtración de sustancias contaminantes puede generar su completa inutilización para el posterior uso de las mismas.

¹ FUNDACIÓN AQUAE (28 de diciembre de 2021). *Datos interesantes de la distribución del agua en la Tierra*. <https://www.fundacionaquae.org/principales-datos-del-agua-en-el-mundo/>

² AQUABOOK (s.f.) *Disponibilidad y accesibilidad de agua en el mundo*. https://aquabook.agua.gob.ar/1023_0

Los principales acuíferos³ del planeta son:

Acuífero de Arenisca de Nubia, con 75 mil millones de m³.

Acuífero del Norte del Sahara, con 60 mil millones m³.

Acuífero Guaraní, con 37 mil millones m³.

Gran Cuenca Artesiana de Australia, con 20 mil millones m³.

Acuífero del Altas Planicies de Estados Unidos, con 15 mil millones de m³.

Acuífero del Norte de China, con 5 mil millones m³.

En lo que respecta al agua de superficie, para un rápido análisis general se deberá fijar la atención en las principales cuencas hidrográficas del planeta⁴.

En aras a la brevedad, a continuación, se citan tan sólo, las 10 más importantes en función de su volumen:

Cuenca del río Amazonas. El caudal y la extensión del río Amazonas con 7.000 km de cauce, permite con sus aguas drenar una superficie de 6,14 millones de km². Su cuenca incluye territorios de Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

Cuenca del río de la Plata: Alcanza una extensión de 4,14 millones de km² y atraviesa Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Cuenca del río Congo: Es la principal cuenca del continente africano. Drena una superficie de 3,73 millones de km². Alcanza a: Angola, Camerún, Gabón, Rep. Centrafricana, Rep. Democrática del Congo, Rep. Del Congo, Tanzania y Zambia.

Cuenca del mar Caspio: La cuenca de este mar interior riega una superficie de 3,63 millones de km² de Armenia, Azerbaiyán, Georgia, Irán, Kazajistán, Rusia, Turkmenistán, Turquía y Uzbekistán.

Cuenca del río Nilo: La cuenca del río más largo de África riega 3,25 millones de km² y se extiende por Burundi, Egipto, Etiopía, Kenya, Rep. Democrática del Congo, Ruanda, Sudán, Tanzania y Uganda.

³ GIL IBARRA, E. (s.f.) *El agua o la vida*. https://www.elortiba.org/old/pdf/el_agua_o_la_vida.pdf

⁴ HIDROJING (9 de mayo de 2014) *TOP10 de las mayores cuencas hidrográficas*. <https://www.hidrojing.com/top10-de-las-mayores-cuencas-hidrograficas/>

Cuenca del río Misisipi: Abarca una extensión de 3,2 millones de km², principalmente en el territorio de EE.UU. aunque, también, llega al sur de Canadá.

Cuenca del río Obi: Tiene una extensión de 2,97 millones de km² y se extiende por China, Kazajistán, Mongolia y Rusia.

Cuenca del río Yenisei: Alcanza una extensión de 2,55 millones de km², extendiéndose principalmente por Mongolia y Rusia.

Cuenca del río Chad: Abarca 2,5 millones de km² alcanzando territorios de Argelia, Camerún, Chad, Libia, Níger, Nigeria, Rep. Centroafricana y Sudán.

Cuenca del río Lena: El río Lena con 4.400 km de longitud transcurre íntegramente dentro del territorio ruso y su cuenca alcanza los 2,31 millones de km².

III. PERSPECTIVA POLÍTICA

Para alcanzar una primera aproximación a la génesis del problema se deberán comparar los recursos hídricos disponibles con la principal variable que interactúa con ellos, el consumo y, por extensión, la población que la consume.

Según la ONU en la actualidad la población total del planeta alcanza los 8.000 millones de habitantes⁵. No obstante, a estos efectos no es tan relevante el número total de habitantes como su crecimiento exponencial. Si se analizan los datos de crecimiento demográfico facilitados por esta organización, se puede observar cómo mientras que en 1950 la población mundial alcanzaba los 2.600 millones, en 1987 se llegó a los 5000 millones, alcanzando los 6000 millones en 1999 y los 7000 millones en el 2011.

Estas cifras arrojan una media de crecimiento de 1.000 millones de habitantes cada 12 años aproximadamente, lo que permite avanzar que de mantenerse el actual nivel de crecimiento demográfico se alcanzaría la cifra de 8.500 millones en el 2030 y 9.700 millones a mitad de siglo.

Esta primera comparativa permite vislumbrar no solo una parte de la magnitud del problema sino, también, la enorme velocidad con la que se cierne sobre todos los habitantes del planeta. Aunque toda-

⁵ NACIONES UNIDAS (s.f.) *Población*. <https://www.un.org/es/global-issues/population>

vía un número significativo de ellos, especialmente aquellos que viven en las zonas más desarrolladas del planeta, no tengan conciencia de él.

Es importante conocer la presión que soportan los recursos hídricos en cada una de las zonas geográficas del planeta en función del número de habitantes que requieren su utilización. Para facilitar esta comparativa, a continuación se muestran los datos de población en cada una de las zonas en porcentaje. Así, Asia cuenta con el 60% de la población mundial; África 16%; Europa el 10%; LATAM y Caribe el 9%; Norteamérica el 5% y Oceanía el 1%.

IV. PERSPECTIVA ECONÓMICA

Una visión holística del agua no puede obviar los aspectos económicos derivados de su obtención, gestión y distribución, si bien, sería inabarcable en la extensión de este trabajo una exposición detallada de éstos. No obstante, es preciso, al menos localizar aquellas cuestiones de ámbito económico que condicionan, dificultan o ponen en peligro el disfrute del agua como un derecho humano.

El crecimiento de la desigualdad es un rasgo característico de nuestros días, esta desigualdad que se manifiesta en múltiples realidades cotidianas, se torna crítica cuando afecta al acceso a bienes considerados fundamentales para la subsistencia del ser humano, como es el caso del agua. Así, según el WRI «el 31% del producto interior bruto (PIB) mundial —casi 65 billones de euros— estará expuesto a un estrés hídrico extremo en 2050»⁶.

Junto a la desigualdad se deben citar aquí como potenciales obstáculos a la hora de garantizar el acceso al agua como un Derecho Humano, la privatización y la acumulación por desposesión.

Así, y a modo enumerativo, se citan dos de los más relevantes: la privatización y la acumulación por desposesión.

⁶ FROST, R. (22 de agosto de 2023). 25 países sufren cada año «estrés hídrico extremo», tres de ellos en Europa. <https://es.euronews.com/green/2023/08/22/25-paises-sufren-cada-ano-estres-hidrico-extremo-tres-de-ellos-en-europa#:~:text=Green%20Noticias%20medioambientales-,25%20pa%C3%ADses%20sufren%20cada%20a%C3%B1o%20%22estr%C3%A9s%20h%C3%ADrico%20extremo%22%2C,tres%20de%20ellos%20en%20Europa&text=M%C3%A1s%20de%20dos%20docenas%20de,hace%20vulnerables%20a%20la%20sequ%C3%ADa.&text=Una%20cuarta%20parte%20de%20la,extremo%2C%20seg%C3%BAun%20nuevo%20estudio>

La privatización de los recursos hídricos

Nada que objetar al funcionamiento del libre mercado, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales de cualquier persona. Pero desde la publicación del tratado, «La riqueza de las naciones»⁷ en 1776, se han podido constatar múltiples circunstancias en las que *la mano invisible* que citara Adam Smith, no actúa como verdadero regulador del mercado con criterios de verdadera justicia social. De ahí la necesidad de que un nuevo regulador, el Estado, entre en escena para garantizar esta equidad, especialmente cuando el bien o servicio a proteger tiene la característica de crítico.

En el caso del agua, debido a la enorme complejidad de su gestión, así como por el elevado coste de alguna de las inversiones que precisa, a menudo los estados recurren a la privatización de estos procesos transformando, así de forma involuntaria el fin principal de garantizar el acceso al necesario recurso natural en otro secundario, la necesidad de obtener una rentabilidad económica de las operaciones mercantiles en las que se involucran esas empresas privadas.

La acumulación por desposesión

Para poder aproximarse correctamente a este término es preciso abordar, aunque sea mínimamente, el concepto de acumulación original del capital formulado en 1867 por Karl Marx en su obra «El Capital»⁸, donde hizo público su diagnóstico crítico, sobre el modo de producción capitalista, dedicando un capítulo, el número 24, a lo que él denominó la acumulación originaria del capital. Entre sus denuncias acusaba al colonialismo, al proteccionismo, a la deuda pública y a los nuevos sistemas impositivos de ser herramientas al servicio de los pequeños capitales mercantiles y usurarios, que se convierten en los grandes capitales industriales, para concluir con que las leyes inmanentes de la producción capitalista conducen a la concentración del capital.

Esta visión que Marx plantea evidencia un proceso de acumulación del capital en detrimento de las posibilidades de subsistencia de muchos. Podría entenderse como parte de un pasado que no guarda conexión real con la situación en la que se encuentran los ciudadanos en la primera década del siglo XXI. Esta opinión se ve refutada por

⁷ SMITH, A. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres, 1776. Editorial W. Strahan & T. Cadell.

⁸ MARX, K. *Das Kapital*, Hamburgo, 1867. Editor Friedrich Engels.

David Harvey quien en su obra *El «nuevo» imperialismo: acumulación por desposesión*⁹ utiliza este término para explicar la vigencia de estas prácticas, bien entrado el siglo XXI.

La escritora canadiense Naomi Klein en su libro «La doctrina del shock»¹⁰, explica como los mecanismos neoliberales generan una serie de medidas tendentes a desorientar los mercados y a la sociedad, junto con los gobiernos, para que en una situación de incertidumbre salga favorecida esta acumulación.

Esta acumulación por desposesión, en el caso del agua, no consiste en sustraer los medios de producción sino en limitar el acceso al recurso natural. Este nuevo imperialismo no es realizado ya por los estados sino por grandes empresas multinacionales. Se produce una mercantilización de los recursos naturales, especialmente en aquellos casos en los que estos recursos se tornan escasos. Un claro ejemplo de esta mercantilización de recursos naturales fundamentales para la vida es el caso de la privatización del agua en Bolivia¹¹.

V. PRINCIPALES PROBLEMAS HÍDRICOS POR ZONAS GEOGRÁFICAS

El estrés hídrico al que se ven sometido los recursos hídricos del planeta afecta de forma desigual a lo largo de él existiendo zonas en las que este estrés dificulta el desarrollo de las normales actividades de la vida diaria provocando consecuencias graves para el desarrollo de la población.

Antes de abordar las principales causas origen del elevado estrés hídrico de algunas zonas del planeta, es aconsejable analizar los principales destinos del agua dulce. La mayor parte del agua dulce es utilizada en la agricultura alcanzando aproximadamente un 70% del consumo total¹². La industria, por su parte, consume el 20% de los

⁹ HARVEY, D. *El «nuevo» imperialismo: acumulación por desposesión*. Buenos Aires, 2005. Ed. CLACSO.

¹⁰ KLEIN, N. *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. Canadá, 2007. Editorial Paidós.

¹¹ GOODMAN, A. (mayo 2010) *Cochabamba, la guerra del agua y el cambio climático* <https://lavoz.bard.edu/articles/index.php?id=1420>

¹² Banco Mundial (5 de octubre de 2022) *El agua en la agricultura*. <https://www.bancomundial.org/es/topic/water-in-agriculture>

recursos disponibles¹³, alcanzando, tan sólo, un 8% la destinada al consumo doméstico¹⁴.

Mínimos vitales

Según la Organización Mundial de la Salud se precisan 5 l. al día para alcanzar el umbral mínimo biológico de supervivencia, si bien, ésta cifra debe ser aumentada hasta los 50l. para cubrir las necesidades básicas totales de un ser humano¹⁵.

Esta cifra evidencia ya, de forma significativa, el primero de los problemas pues más del 40% de la población mundial no alcanza la cantidad citada. La situación es todavía más grave si se analiza el nivel de desigualdad existente en función de la zona del planeta en la que se viva, pues mientras que en Europa el consumo medio puede rondar los 200l/día, en África no alcanza los 20l/día. Si se amplía el análisis a los diferentes estados, se evidencia que ese desequilibrio es todavía mayor pues mientras en EE.UU. se alcanzan los 425l/día en Madagascar no superan los 10 l/día.

VI. CONSECUENCIAS DE LAS CRISIS HÍDRICAS

Desertificación

Pese a la opinión minoritaria de algunos negacionistas, el cambio climático en el que está inmerso el planeta está teniendo consecuencias terribles que de no atajarse de forma significativa en los próximos años pudieran acabar amenazando la vida de miles de especies, incluidos entre ellas, las de los propios humanos.

Una de las consecuencias de este cambio climático es el aumento de la temperatura media en todas las zonas del planeta, agravada por amplios períodos de sequía que, a su vez, aumentan la proliferación de grandes incendios que contribuyen a la deforestación de amplias zonas, lo cual acelera aún más, si cabe, el proceso de desertificación.

¹³ ONU (s.f.) *Agua e industria en la economía verde*. https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/green_economy_2011/pdf/info_brief_water_and_industry_spa.pdf

¹⁴ Soziable.es *Cambiar es Humano (23 de agosto de 2022) 10 datos sobre el agua que necesitas saber*. <https://www.soziable.es/semana-del-agua-datos-sobre-el-agua>

¹⁵ ONU (s.f.) *El derecho humano al agua y al saneamiento*. https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spa.pdf

Hambrunas

Según la FAO en su informe de 2020 «el número de personas afectadas por el hambre a nivel mundial ha ido aumentando desde 2014» y asciende ya a 690 millones de personas. Tristemente, la población mundial que pasa hambre ha aumentado en 60 millones durante los últimos 5 años.

Problemas sanitarios

En el mundo mueren 3,4 millones de personas cada año por enfermedades transmitidas por el agua. La falta de higiene, la escasez de agua de calidad, así como la falta de acceso a instalaciones sanitarias contribuyen a la propagación de enfermedades tales como: diarrea, disentería, cólera o neumonía entre otras.

Los expertos consideran que, en los países en vías de desarrollo, en torno al 80% de las enfermedades son provocadas por un acceso poco seguro al agua y por un saneamiento inadecuado.

Conflictos por el agua

Expertos en Geoestrategia militares y civiles advierten del incremento de la tensión que se está produciendo en determinados lugares del planeta debido al estrés hídrico. Países como Sudán, Somalia, Nigeria en África, Yemen, Siria o Irán en Oriente Próximo e India y China en Asia, son algunos ejemplos en los que podemos encontrar como consecuencia de sus conflictos bélicos la escasez de agua para la población de estos territorios. Según alguna de las principales ONG's que trabajan en este campo «Más de 30 países lo enfrentarán de forma especialmente agudizada en 2040»¹⁶.

Problemas migratorios

La pérdida de su hábitat y, por extensión, de sus fuentes de subsistencia debido a la escasez de agua está empujando a millones de seres humanos a trasladarse a otros lugares. Estas migraciones cuando se efectúan en distancias cortas hacia entornos próximos que toda-

¹⁶ MEYER, L. (22 de marzo de 2018). *Adiós, petróleo: las próximas guerras serán por el agua*. <https://ethic.es/2018/03/las-proximas-guerras-seran-por-el-agua-2/>

vía conservan ese preciado recurso hídrico, generan tensiones entre los recién llegados y las poblaciones autóctonas por el reparto de la misma.

Asimismo, parte de aquellos pobladores que ven inviable la posibilidad de subsistir con su forma de vida tradicional, caen en las redes de tráfico de personas y en organizaciones terroristas que tienen en ellos una de sus principales fuentes de reclutamiento.

VII. PERSPECTIVA JURÍDICA

Uno de los objetivos de este trabajo se centra en realizar una revisión de las normas que existen en la actualidad para regular el acceso y el uso del agua, con el fin de evaluar si la normativa es suficiente para garantizar el acceso a la misma como un derecho de todos los habitantes del planeta.

Se hace conveniente definir, en primer término, los ámbitos de exigibilidad de los DD.HH. con el fin de poder analizar con posterioridad el alcance de las medidas relativas al agua. Así aparece, en primer lugar, el ámbito Jurídico donde se encuentran: el Derecho Internacional de los DD.HH.; las Cortes de DD.HH. Regionales (Europea, Interamericana, Africana); y, el Derecho Interno (Constitucional, Administrativo, Civil, Penal). En segundo lugar, se encontraría el ámbito Cuasi-Jurídico donde aparecen: los mecanismos en el ámbito de la ONU (denuncias en el marco de Protocolos facultativos); Comisiones de DD.HH. (Interamericana, Africana); y, las Instituciones Nacionales de DD.HH. (Ombudsman/Defensor del Pueblo). Por último, aparecería el ámbito Político y Social, en el que se incluyen las campañas promovidas desde la sociedad civil para el impulso y/o la transformación de leyes y/o cambios en las políticas públicas, si bien, este apartado no es objeto de este estudio.

La proliferación de normas que tratan de garantizar el acceso al agua es cuantiosa. Un rápido repaso a las normas de ámbito internacional muestra esta voluntad en, al menos, las siguientes normas¹⁷: Tratados de Derechos Humanos con referencias explícitas al agua potable y al saneamiento: Declaración Universal de Derechos Humanos: Art. 3 y 25; PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales): Art. 11 y 12; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEFDM):

¹⁷ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, Derechos Humanos (s.f.) *Instrumentos jurídicos* <https://www.ohchr.org/es/instruments-listings>

Artículo 14. (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general N°24 (1999) sobre el artículo 12 de la Convención (la mujer y la salud), párrafo 28); Convención sobre los Derechos del Niño (CDN): Artículo 24. (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°7 (2006) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, Párrafo 27); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD): Artículo 28; Convención de la OIT N°161 de 1985 sobre Servicios de Salud en el Trabajo: Artículo 5; Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño: Artículo 14; Protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, con respeto a los Derechos de Mujeres en África: Artículo 15.

Directrices sobre Derechos Humanos y principios con referencias explícitas al agua potable y al saneamiento: Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos: 15 y 20; Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad: Artículo 34 y 37; Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad: Independencia. 1; Principios rectores de los desplazamientos internos: Principio 18. 1, 2 (a,d) y 3; Recomendación de la OIT N° 115 de 1961 sobre la Vivienda de los Trabajadores: Sugerencias acerca de los métodos de aplicación... 7 (b,c) y 8 (c,d); Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (FAO): 3.6 y 8.1.

Declaraciones Internacionales sobre Derechos al Agua y al Saneamiento: Conferencia sobre Medio ambiente y Desarrollo, Declaración de Río, 1992: Programa 21, Sección II, Art.18.2; Conferencia de Población y Desarrollo, El Cairo, 1994: Plan de Acción, Art. 2.

Conferencia sobre Asentamientos Humanos —Hábitat, Estambul, 1996: Declaración de Estambul; Declaración del Milenio, 2000; Década de la ONU sobre el «Agua para la vida» 2005-2015; Declaración del VI Foro Mundial del Agua, 2012; Declaración VII Foro Mundial del Agua, 2015; Declaración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2015.

Ámbito Regional¹⁸. Agencia Española de Cooperación Internacional para el desarrollo

¹⁸ Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (s.f.) *Fondo de cooperación para agua y saneamiento* Home - AECID -FCAS - aecid.es

Europa: Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, 1950: Art. 2; Carta Social Europea, 1961: Art. 11.

América: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, 1948 Y Protocolo de Buenos Aires – Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos. Buenos Aires, Argentina, 1967: Art. 1. y 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, «Pacto de San José», Costa Rica, 1969. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador», El Salvador, 1988: Art. 11.

África: Carta Africana sobre los Derechos humanos y de los Pueblos, 1981: Art. 24 y de 30 a 44.

En las últimas décadas la preocupación sobre la sostenibilidad del planeta ha irrumpido de forma muy significativa en todas las agendas de gobierno tanto en la esfera nacional como internacional. Muestra de ello pueden ser las numerosas declaraciones extraídas de las Cumbres del Clima desde Rio de Janeiro, 1992, hasta la última celebrada en Emiratos Árabes Unidos, 2023, o la puesta en marcha de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas. Estas declaraciones reflejan claramente esta preocupación y los deseos de la comunidad internacional para impulsar medidas que garanticen esta sostenibilidad a medio y largo plazo. Lamentablemente, estas políticas no son compartidas por todos los estados, siendo especialmente preocupante la posición de no implicación de alguno de ellos cuyas políticas contribuyen en mayor grado al deterioro medioambiental del planeta.

VIII. NUEVO MARCO CONCEPTUAL: OTRA ORGANIZACIÓN ES POSIBLE

Como se ha podido observar a lo largo de los anteriores apartados, el agua plantea un amplio abanico de posibles ámbitos de estudio. Se trata pues de un recurso indispensable para la vida en el planeta por lo que asegurar su acceso y control de la misma, se torna indispensable para garantizar el derecho a la vida de todos los habitantes del planeta.

Cobra, así, importancia el término Seguridad Hídrica definido por Naciones Unidas como: «la capacidad de una población para salvaguardar el acceso sostenible a cantidades adecuadas de agua de

calidad aceptable para mantener los medios de vida, el bienestar humano y el desarrollo socioeconómico, para garantizar la protección contra la contaminación del agua y los desastres relacionados con el agua, y para preservar los ecosistemas en un clima de paz y estabilidad política»¹⁹.

Como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, el agua puede catalogarse como un bien escaso y vital para la subsistencia de la vida en el planeta tierra. Se puede afirmar, sin ánimo de error, que se trata de un bien comunal. De ahí la importancia de enmarcar su definición también desde un punto de vista jurídico, pues de la misma, dependerá los límites que regularán su uso y gestión. Antes de abordar tan interesante asunto es necesario aproximarse a las fuentes generadoras de esta línea de pensamiento.

La tragedia de los comunes

El presente apartado tiene como origen el trabajo publicado por Garrett Hardin en la revista Science en 1968, cuyo título es idéntico a éste. La citada publicación centraba la atención en cómo la falta de conciencia por parte de sus beneficiarios de la importancia de la sostenibilidad del recurso que compartían derivaba, en muchos casos, en la superexplotación del recurso comunal hasta llegar a alcanzar su desaparición.

El error de no contabilizar como parte de su cadena de valor la aportación, aparentemente gratuita, de ese recurso comunal, invisibilizaba la necesidad de extremar los cuidados en su conservación. La creencia errónea de que el recurso era ilimitado derivaba en la extinción del mismo y, por extensión, en múltiples consecuencias para aquellos pobladores que dependían de él.

Un buen ejemplo de esta gestión errónea se puede encontrar en el Mar de Aral. Este mar interior situado en la antigua URSS, tenía una extensión en la década de los 60' del pasado siglo de 67.000 km², siendo una de las mayores masas de agua interiores del planeta. Las políticas impulsadas por Kruschev bajo el modelo de economía centralizada socialista para maximizar la producción de algodón, derivaron en que en apenas 5 décadas se redujera su superficie hasta los 6.800

¹⁹ Agua y Medio Ambiente Con/Ciencia (21 de octubre de 2021) *Seguridad hídrica: más que un ods 6, una necesidad!* <https://aguaymedioambienteconciencia.com/seguridad-hidrica-mas-que-un-ods-6-una-necesidad/#:~:text=La%20seguridad%20h%C3%ADrica%20se%20define,por%20el%20agua%20y%20los>

km². Sus aguas alcanzaron una salinidad de 110 g/l, más del triple de la salinidad media del agua oceánica.

Esta situación afectó en, primer término, a las especies de peces que lo poblaban y, posteriormente, a la calidad del agua utilizada para regar los campos próximos, a las especies de flora existentes en ese ecosistema y a las industrias conserveras, generando una verdadera crisis social en todo el entorno.

Esta transformación y el escaso tiempo transcurrido desde una perspectiva geológica, tuvo terribles consecuencias para las comunidades que habitaban junto al Mar de Aral, pues las comunidades de pescadores, agricultores y ganaderos, así como el resto de comunidades que encontraban en este mar una parte sustancial para el mantenimiento de sus condiciones de vida, las perdieron sin apenas tiempo para poder adaptarse. Este episodio fue considerado por Garrett Hardin como la mayor tragedia comunal²⁰.

En su ensayo, Hardin proponía dos fórmulas que contribuirían a evitar este tipo de tragedias: de un lado, la intervención del Estado sobre esos bienes comunales. En primer término, se expropia el bien y después se procede a regular su uso; de otro, la privatización del bien en manos de empresas privadas que aplican sus estrategias de mercado para la explotación del recurso.

Muchos son los analistas políticos que han apoyado una de estas dos opciones. Así, se encuentran entre los que defienden la opción de la intervención del Estado, respaldando que los gobiernos centrales controlen la gran mayoría de los sistemas de recursos naturales: Robert Heilbroner quien en 1974 abogó por «Los gobiernos de hierro para controlar los problemas ambientales»; y, David Ehrenfeld, quien en 1972 defendía que «se requiere la regulación externa a través de entidades públicas, gobiernos o autoridades internacionales» en el Gobierno de los Bienes Comunes²¹.

Por su parte, entre los que defienden la opción de la privatización del bien estarían: Demsetz, 1967; Johnson, 1972; Rj Smith, 1981; Welch, 1983; y Sinn, 1984²².

²⁰ HARDIN G. (1968) «La tragedia de los comunes» *SCIENCE VOL. 162, N° 3859*, pág. 1243-1248.

²¹ OSTROM, E. *El Gobierno de los Comunes, la evolución de las instituciones de acción colectiva*. Editorial Press Syndicate of the University of Cambridge. Reino Unido, 1990, pág. 36.

²² *Ibíd*em, pág. 39 y ss.

Mención especial merece la reflexión de Stillman quien pone de manifiesto la dicotomía de aquellos que defienden el modelo de gobierno centralizado al presuponer que «el gobernante será un altruista sabio y ecológicamente consciente... mientras que los usuarios de los Recursos de Uso Común serán miopes, egoístas y ecológicamente inconscientes»²³.

Los trabajos de Hardin fueron utilizados años después para justificar numerosas expropiaciones de bienes comunales. Estas teorías, respecto a cómo gestionar los bienes comunales, estuvieron vigentes hasta la irrupción de los trabajos de Elinor Ostrom y la escuela de Bloomington en los primeros años de la década de los 90 del pasado siglo.

El gobierno de los comunes

La publicación del libro «Governing the commons: The evolution of institutions for collective action» en 1990 por la Dra. Elinor Ostrom, introdujo una nueva perspectiva a los trabajos de Hardin. Desde una visión crítica la doctora estadounidense argumentó que los economistas estaban aplicando modelos demasiado simplificados a casos más complejos.

En palabras de Ostrom «el poder de una teoría es exactamente proporcional a la diversidad de situaciones que puede explicar, sin embargo, todas las teorías tienen límites». Los modelos de una teoría son todavía más limitados, porque en un modelo deben fijarse muchos parámetros en lugar de permitir su variación»²⁴.

Los modelos económicos desarrollados solo tenían en cuenta el prisma económico, dejando fuera de los mismos otras áreas de la ciencia indispensables a la hora de entender las interacciones entre los diferentes agentes que configuran el modelo. Esta falta de visión holística reducía las variables de estudio, ignorando u obviando factores clave en el desarrollo de estos modelos, lo cual derivaba en conclusiones erróneas.

Ostrom dedicó más de dos décadas a estudiar diferentes comunidades que gestionaban bienes comunales alrededor del mundo, algunas de ellas con gran éxito tanto en la conservación y sostenibilidad

²³ STILLMAN, P.G. *The Tragedy of the commons: A Re-Analysis*. Alternatives, vol. 4. USA, 1975, pág. 13.

²⁴ OSTROM, E. *El Gobierno de los Comunes*, pág. 55.

del recurso comunal como en lo que al mantenimiento de la calidad de vida de sus pobladores respecta.

Esos trabajos mostraban cómo un nuevo sistema de organización de los bienes comunes era posible. La co-gestión de los recursos comunes por parte de sus principales beneficiarios, y no por agentes externos, podía resultar una fórmula exitosa. Un sistema establecido desde abajo hacia arriba en lugar de los tradicionales de arriba a abajo, que conseguía un alto nivel de implicación de todos los agentes en la sostenibilidad del recurso comunal.

Todos estos trabajos vieron la luz en el año 1990, aportando importantes conclusiones, en la obra anteriormente citada. Por lo innovador de sus aportaciones, así como por el cuestionamiento, que de los modelos económicos existentes hacía Ostrom en ella, esta obra puede ser considerada como una obra clave en una nueva visión del Gobierno de los Comunes y el inicio de la Escuela de Bloomington, de la que posteriormente se hablará.

Tipología de los bienes

De los primeros trabajos de Ostrom se puede obtener una nueva catalogación de los bienes en función de dos variables: el consumo de los mismos y la capacidad de excluir a sus usuarios.

Así, se muestran, en primer lugar, los bienes privados: aquellos en los que existe una rivalidad en su consumo y en los que es fácil excluir a algunos de sus usuarios. Se rigen por las leyes del mercado y no precisan de ejemplos concretos pues son ampliamente conocidos.

La segunda categoría es la de bienes de club: aquí se encuentran aquellos en los que no existe rivalidad en su consumo, si bien, también permiten excluir a usuarios de forma sencilla. El ejemplo más gráfico en esta categoría podría ser el de una sala de cine o un teatro. En estos casos el consumo de un espectador no rivaliza con el de al lado, si bien pueden establecerse exclusiones a usuarios, por ejemplo, por su edad.

Una tercera categoría es la de los bienes públicos: en ella el consumo no es rivalizante y no se puede excluir a sus usuarios. Un buen ejemplo puede ser la defensa nacional de un país, todos sus ciudadanos están obligados a sufragar sus gastos siendo inaceptable la decisión individual en contra y, por extensión, su ámbito de protección abarca a todos sus nacionales.

Por último, se encontrarían los bienes comunales: en los que el consumo sí es rivalizante, pero no se puede excluir a sus usuarios. En este apartado se pueden encontrar también múltiples ejemplos, sirva como muestra el ya citado Mar de Aral. Estos bienes están sujetos a co-gestión.

Como ya se ha dicho, esta última categoría de bienes fue el principal foco de atención en los estudios de Elinor Ostrom y será sobre la que versarán los siguientes apartados de este epígrafe.

Principios y reglas

Fenton Martin realizó en 1989 una compilación con más de 5.000 trabajos de campo²⁵, partiendo de los ensayos de numerosos profesores realizados bajo el marco de trabajo diseñado por Ronald Oaker-son, para el estudio de los Recursos de Uso Común. El citado marco contemplaba que, además de analizar las propiedades físicas de los sistemas de recursos, se estudiaran, también, las reglas utilizadas en el acceso y uso, así como sus diferentes interacciones y los resultados obtenidos.

Esta compilación permitió a Ostrom, junto a un pequeño grupo de colegas, acotar un subconjunto mucho menor para avanzar en un análisis más pormenorizado de algunos de ellos, desarrollando una forma de codificación propia. Estudiaron sistemas de Recursos de Uso Común en América, Asia y Europa.

Las conclusiones de Ostrom se basan en la comparativa entre los fracasos y los éxitos, y muestran algunas de las características fundamentales de los sistemas exitosos. Estas características se pueden resumir en 8 principios.

Estos principios originales según Ostrom para el diseño de instituciones robustas, duraderas de manejo de RUC son: deben existir límites claramente definidos; las reglas en uso deben ser congruentes con las necesidades y condiciones locales; los individuos afectados por estas reglas deben poder participar en la modificación de las mismas; las autoridades externas deberán respetar los derechos de reglamentación de los miembros de la comunidad; desarrollar un sistema para que los miembros de la comunidad monitoricen de forma autónoma el comportamiento de otros miembros; debe existir un sistema graduado de sanciones para quienes violen las reglas; proporcionar a los

²⁵ OSTROM, E. *El Gobierno de los Comunidades*, pág.19

miembros de la comunidad medios accesibles y de bajo costo para la resolución de disputas; desarrollar la responsabilidad de gobernar el recurso común en niveles anidados, desde el nivel más bajo hasta el sistema interconectado completo.

Más allá de estos principios, Ostrom postula reglas de interacción entre los diferentes actores dentro de un mismo sistema. El Dr. Pacheco-Vega, 2005, en su informe «Ostrom y la gobernanza del agua en México»²⁶, aporta un cuadro resumen que, por su claridad y síntesis se reproduce en su integridad:

Tabla 1.

Tipos de reglas de interacción entre individuos

Regla	Características
Límite	Asignación de los límites de quienes tienen derecho a entrar al sistema y quienes carecen de éste
Autoridad	Asigna un conjunto de acciones a posiciones específicas
Agregación	Nivel de control ejercido por los participantes individuales en una situación
Ámbito	Qué resultados pueden o deben afectarse y cuáles no
Información	Nivel de información disponible en una situación, ligando la acción y el resultado
Pago/premio	Afecta los costos y beneficios asignados a los resultados dadas las acciones escogidas
Posición	Asignación de posiciones en relación con cómo una situación se liga con otra

Fuentes: Ostrom, Gardner y Walker, 1994; Ostrom, 1990, 1999b.

La escuela de Bloomington

En el ámbito de la filosofía jurídica, permanece constante la tensión histórica existente entre los defensores a ultranza de los derechos

²⁶ PACHECO-VEGA, R. (2014) Ostrom y la Gobernanza del Agua en México. *Rev. Mex. Sociol vol.76*. Ciudad de México. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4966463>

subjetivos del individuo, incardinados bajo la corriente neoliberal y aquellos que defienden la existencia de un entramado social imprescindible para comprender las realidades a las que nos enfrentamos, porque todas tienen una naturaleza social. Entre estos últimos se pueden encontrar los neoinstitucionalistas, uno de sus máximos exponente sería la Escuela de Bloomington.

Su origen fue el Taller de Teoría Política y de Análisis Político creado por Elinor y Vincent Ostrom en el seno de la Universidad de Indiana, USA. Con un enfoque de investigación multidisciplinar, se encuentra dentro del neoinstitucionalismo económico.

En las últimas décadas del siglo XX y, especialmente, tras la concesión del Premio Nobel de Economía 2009 a Elinor Ostrom, la Escuela de Bloomington se ha convertido en centro de referencia mundial para los estudios de política pública en todo el mundo.

Entre sus principales objetos de estudio, se pueden encontrar los análisis de las diferentes formas de autogobernanza; los costos de transacción, entendiendo por tales todos aquellos que son precisos para realizar cualquier interacción cooperativa en cualquier ámbito institucional; las interacciones entre instituciones formales e informales; y, por supuesto, el policentrismo como forma de gobierno. La escuela propugna la descentralización con un enfoque de elección pública (Public Choice) y la integración entre instituciones formales e informales destacando como en algunos casos las informales tienen más relevancia que las formales.

Desde la Escuela se analizan los posibles defectos del intervencionismo para acabar sugiriendo la cesión de la competencia a las entidades sociales más cercanas al individuo, en su opinión, las instituciones eficientes emergen cuando se permite el autogobierno. Las comunidades locales deben de tener libertad para decidir su propio futuro.

El Profesor Fernández Luiña²⁷, encuentra conexiones entre la Escuela de Bloomington y Alexis de Tocqueville pues comparte con él, el valor dado a los gobiernos locales en el diseño y ejecución de las políticas públicas, asociando libertad con descentralización. Asimismo, la Escuela defiende la descentralización como forma para aumentar la libertad del ciudadano facilitando la elección sobre dónde y cómo vivir al reducir los costos de salida, citando a Albert Hirschman.

²⁷ FERNÁNDEZ LUIÑA, E. (29 de agosto de 2019) *La Escuela de Bloomington y su impacto intelectual*. Conferencia en la Universidad Francisco Marroquín. Guatemala. <https://www.youtube.com/watch?v=Q-nLAWKn71o>

La Escuela aboga por instituciones más espontáneas que aprenden en virtud del ensayo prueba-error, ganando en legitimidad, demostrando su correcto funcionamiento y aumentando, así, la credibilidad del modelo. Sostiene que la información fluye de forma más ágil en esta estructura, lo que permite un mejor control evitando la corrupción. Asimismo, resalta la mayor adaptabilidad de los sistemas pues la reacción ante eventuales errores puede ser más rápida.

La Escuela de Bloomington defiende que la gestión comunitaria es especialmente apropiada en los siguientes cuatro casos: cuando el recurso es indivisible; cuando existe incertidumbre en la productividad de sus zonas; cuando el recurso se ve afectado por diferentes intereses en su explotación; y, cuando los costes de vigilancia sean muy elevados.

Otra línea de investigación muy conocida de la Escuela es la policentricidad, entendiéndola por ella, la configuración de un sistema con múltiples centros de decisión que, formalmente, son independientes unos de otros. Estos centros actúan interconectados entre sí comprometidos con la protección del recurso y garantizan la monitorización y vigilancia entre ellos. Esta interacción puede ser en forma cooperativa o competitiva.

Esta policentricidad evidencia un compromiso con la co-soberanía y la co-gobernanza²⁸, si bien, precisa de un elevado grado de fortaleza de la sociedad civil pues estos sistemas son complejos, adaptativos por lo que precisan procesos de negociación de intereses. Esta forma de organización y el federalismo muestran rasgos en común ya que precisa gobiernos locales fuertes, y permite una geometría variable en los servicios que cada comunidad decide proveer.

Para finalizar, se puede destacar que la Escuela de Bloomington busca alcanzar mayores cotas en la comprensión del autogobierno, así como diseñar nuevas fórmulas de asociación que permitan afrontar los problemas que nos afectan a todos, desarrollando así una nueva ciencia de la asociación.

IX. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo se han expuesto de forma sintetizada diferentes cuestiones relacionadas con el agua, desde perspectivas bien diferenciadas con el fin de garantizar una correcta visión holística de

²⁸ FERNÁNDEZ LUIÑA, E. Conferencia: *La Escuela de Bloomington y su impacto intelectual*.

un problema que, por su dimensión y complejidad, no puede ser abordado de forma parcial. El contenido del mismo permite aproximarse a algunas conclusiones.

1. Sostenibilidad de los Recursos Naturales. Este siglo muestra una profunda transformación en la percepción de la sostenibilidad de los recursos naturales. Mientras que hace apenas unas pocas décadas se concebían los recursos naturales del planeta como inagotables, en la actualidad se dispone de la suficiente información para pronosticar su agotamiento total, si no se modifican las actuales prácticas. Recursos alimenticios, minerales o hídricos se ven amenazados por una sobre explotación interesada en obtener la mayor rentabilidad en el menor tiempo posible. Esta sobre-explotación paradójicamente afecta más gravemente a aquellos que deberían de tener la primera propiedad o al menos el primer derecho de uso y disfrute de los mismos, por encontrarse sobre o en torno a ellos. Lejos de ser así, estas comunidades sufren con mayor rigor las consecuencias de anteponer intereses comerciales a otros derechos humanos. Así, aparece la necesidad de explotar estos recursos de forma sostenible para garantizar su regeneración y conservación para futuras generaciones. Es preciso discriminar entre los diferentes recursos naturales en función de su importancia, pues si bien todos ellos son necesarios para el desarrollo de la sociedad, no todos ellos son igualmente reemplazables.

Así, en una rápida clasificación se puede encontrar un primer grupo cuya importancia es grande, si bien, no puede ser considerada vital, pues podrían ser sustituidos por otros, llegado el caso, de que sus fuentes originales desaparecieran o se tornaran inaccesibles, tal es el caso de las tierras raras. Bien diferente es el caso de la segunda categoría de recursos naturales, aquellos que son indispensables para la propia supervivencia del ser humano, tales como el aire, el agua, por citar los más evidentes. En esta categoría se encuentran aquellos que no permiten amplios márgenes de tolerancia respecto de su conservación. Son, per se, consustanciales a la supervivencia de las especies y, más específicamente, a la del ser humano. Es por esta razón, que adquieren un peso específico que los debe situar en una posición de prevalencia con respecto al resto. Desde estas líneas se propone su catalogación como Bienes Públicos Globales y su protección internacional, pues la humanidad no puede aceptar un rumbo que la dirija hacia la extinción de los mismos, al igual que no podría aceptar de forma voluntaria un suicidio colectivo.

2. Derecho Constitucional. Una primera vía para garantizar el acceso de estos recursos naturales vitales, puede residir en el ámbito

estatal. Los estados soberanos pueden reforzar mediante su legislación propia, medidas tendentes a garantizar este derecho. En este ámbito, cobra especial importancia la intervención en el máximo nivel normativo posible, entendiendo por tal las constituciones nacionales en los diferentes estados. La fórmula propuesta consistiría en incluir dentro de sus constituciones nacionales, artículos encaminados a garantizar el acceso al agua y el saneamiento como un derecho fundamental de sus ciudadanos. Esta medida no es verdaderamente novedosa pues de hecho algunos países ya han comenzado este camino. A modo de ejemplo, se citan aquí los casos de los Estados Unidos de México Art. 40, párrafo sexto y el de la República de Ecuador, en su artículos 23. 42 y 249.

Estas dos muestras refuerzan la hipótesis de que, desde el reconocimiento estatal, a través de su ordenamiento jurídico propio, se puede imprimir un mayor carácter imperativo a la resolución de este tipo de problemas. El reforzamiento de estos derechos en las constituciones de los diferentes países, exigirá de los legisladores un mayor desarrollo normativo tendente a garantizar el cumplimiento de estos derechos fundamentales permitiendo, así, incrementar el nivel de exigencia respecto a los resultados obtenidos a tal fin.

3. La insuficiente soberanía del Estado sobre los recursos hídricos. Los principios de soberanía y autonomía de los estados, cuyo origen se puede encontrar en los Tratados de Paz de Osnabrück y Munster (Paz de Westfalia, 1648), se han venido manteniendo de forma ininterrumpida, con pequeñas variaciones, durante los últimos cuatro siglos, si bien, en este largo periodo, han sido múltiples los factores que se han visto transformados de forma significativa y que han modificado la forma de ver y entender nuestro mundo. El desarrollo de los medios de transporte y comunicación y la radical disminución en los tiempos empleados; el crecimiento exponencial de las tecnologías utilizadas para el intercambio de información; el crecimiento demográfico mundial unido a los flujos migratorios que han fomentado la interculturalidad de los pueblos; los movimientos de capital y la transnacionalidad de los mercados, son algunos de los fenómenos que se pueden encontrar bajo el término globalización acuñado por Theodore Levitt en su artículo «Globalization of Markets». No obstante, este proceso de transformación no ha modificado sustancialmente el concepto clásico de la figura del Estado. Así pues, problemas que antes podían parecer inexistentes o, en el peor de los casos muy lejanos, hoy se tornan comunes o cercanos e irresolubles para el ámbito competencial de los Estados. Tal es el caso de la gestión y conservación de algunos recursos naturales entre los que se encuentra el agua.

4. El Derecho Internacional y las Instituciones. El derecho internacional público, también denominado derecho de las naciones, trata de conciliar los intereses particulares de los Estados desde el respeto a unas reglas de juego comúnmente aceptadas por los jugadores, intentando alcanzar el mayor grado de éxito en el bien común. El desarrollo de numerosas organizaciones internacionales, en especial desde la segunda mitad del siglo XX, entre las que podemos destacar por encima de todas, la Organización de Naciones Unidas (ONU), ha contribuido, sin duda, de forma significativa a un mayor grado de desarrollo de políticas surgidas desde una visión conjunta, cuando no global, que han permitido alcanzar niveles superiores a los hasta ahora conocidos, en lo que respecta algunos derechos fundamentales de todo ser humano.

No obstante, ni el derecho internacional ni las organizaciones supranacionales han conseguido a día de hoy resolver satisfactoriamente alguno de los graves problemas a los que se enfrentan los habitantes de este planeta. Sirva como ejemplo de esta afirmación, los más de 2.000 millones de personas que no tienen acceso al agua y saneamiento según la ONU. Es por tanto necesario continuar reflexionando en cómo adaptar los actuales mecanismos a las nuevas necesidades y, además, hacerlo con cierta premura, pues de lo contrario cada vez serán más aquellos que, justificando su posición en la ineficacia de los mismos, propondrán su desaparición. Todavía a día de hoy se puede observar como a las instituciones internacionales y, por extensión, al conjunto de la sociedad, le parece suficiente la mera declaración de voluntades, mostrándose mucho más laxa en la obtención de resultados medibles.

5. Los Derechos Humanos y el agua. Desde este artículo se propone reflexionar sobre la posibilidad de incorporar el acceso de estos recursos naturales, considerados vitales para la subsistencia de la especie humana, no como un derecho de contenido ecológico, sino como un derecho humano de primera generación pues es consustancial al derecho a la vida. Desde un punto de vista conceptual esta afirmación podría ser compartida por muchas escuelas filosóficas desde el comunitarismo hasta los más firmes defensores del individualismo liberal. Autores como Taylor, Sandel, Walzer o MacIntyre podrían encontrar en esta propuesta una reafirmación a sus ideas comunitaristas sustentadas en la necesidad de la participación en la vida pública, en todas aquellas cuestiones que puedan afectar al conjunto de la sociedad, y el acceso al agua sería una de ellas. De otro lado, para los firmes defensores de las posiciones de autores como Rawls, Dworkin, Hayek o Nozick, el acceso al agua podría pertenecer a su lista de derechos individuales irrenunciables.

Esta propuesta trata, tan sólo, de abrir un nuevo debate en relación a la inclusión de nuevos derechos humanos reforzados y permitiría a la comunidad internacional exigir un mayor nivel de cumplimiento de resultados, si bien, quebraría el orden establecido por Vasak en lo que respecta al orden cronológico en la aparición de los mismos, pues plantea la hipótesis de que la evolución de las necesidades puede requerir la identificación de nuevos derechos fundamentales considerados como primarios, aunque surjan muchas décadas después del reconocimiento de los denominados derechos de primera generación.

6. Liberalismo vs Socialismo. Dos modelos, dos fracasos. Es preciso señalar que en lo que respecta a garantizar el Derecho Humano al acceso al agua, los dos modelos políticos de mayor implantación a nivel mundial, el liberalismo y el socialismo, han fracasado por igual. Sirva como muestra de esta afirmación los más de dos mil millones de seres humanos que no tienen acceso al agua potable según la OMS. Ambos modelos han sustraído al individuo del centro de la toma de decisión. En el caso del liberalismo en favor del mercado y en el del socialismo en favor del estado.

Es imposible sostener la eficacia de una posición estrictamente neoliberal pues «la mano invisible» que citara Adam Smith está incrementando las desigualdades en el acceso a este recurso vital y, de otro lado, las soluciones planteadas desde el modelo económico socialista impiden cualquier participación de los principales afectados en las propuestas de solución.

Ante esta evidencia, se podría concluir que se hace necesario un nuevo modelo político y económico para el gobierno de, al menos, aquellos recursos naturales considerados vitales para la subsistencia del ser humano.

7. El Agua bajo el Gobierno de los Comunes. Lo evidenciado hasta aquí permitiría cuestionar el actual modelo de toma de decisiones en los ámbitos nacional e internacional, atendiendo a los escasos resultados obtenidos. se puede concluir que el actual proceso de globalización ha alcanzado también a las organizaciones e instituciones nacionales e internacionales, afectando a la toma de decisiones, las cuales cada vez son adoptadas por órganos más distanciados de los lugares a los que afectan y, por tanto, de las personas a las que pretenden proteger.

Los trabajos de Ostrom evidencian la alta complejidad de alguna de las cuestiones tratadas por estas organizaciones y la dificultad creciente, a la hora de obtener soluciones, a medida que se aleja el foco de decisión del lugar de interés, mostrando otras realidades exitosas

en lo que a modelos organizativos con relación al Gobierno de los Comunes se refiere. Estos modelos que adoptan pautas comunes, las cuales son resumidas en sus 8 principios, le llevan a proponer el policentrismo como fórmula a desarrollar.

De un rápido análisis se puede desprender un argumento favorable a las tesis de Ostrom, ya que parece que, inmersos en este proceso de globalización, las decisiones son tomadas por órganos con una gran representatividad, pero con un escaso nivel de conocimiento y capacidad de acción local. Es aquí donde propuestas como la del policentrismo de la Escuela de Bloomington, cobran especial relevancia, al menos desde un punto de vista sociológico, económico y, por supuesto, político.

8. El policentrismo para el gobierno de los recursos hídricos.

El policentrismo propone acercar la toma de decisiones lo más posible a aquellos que las deben llevar a cabo y, por extensión, a aquellos que percibirán más directamente sus consecuencias. Este modelo que precisa la fortaleza de estas instituciones locales plantea múltiples ventajas tanto de eficiencia, compromiso y control de la corrupción. No obstante, al propugnar un sistema tan descentralizado pueden aparecer otros riesgos como el de requerir una mayor independencia de los agentes implicados y, por ende, alcanzar una mayor complejidad a la hora de adoptar acuerdos. Conjugar este doble objetivo, debiera de ser una interesante línea de trabajo para garantizar el futuro de las instituciones de ámbito internacional.

Con el fin de encontrar nuevas fórmulas que garanticen de forma efectiva el derecho humano al agua, se propone desde aquí la apertura de una línea de investigación convergente entre el derecho internacional y las tesis policéntricas defendidas por la Escuela de Bloomington pues, como se puede observar al leer el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y más concretamente su párrafo 1, apartado b), resulta evidente la importante presencia del derecho consuetudinario dentro de las fuentes del derecho internacional, así como que los trabajos realizados por Elinor Ostrom se sustentan en las experiencias de éxito derivadas de modelos organizativos basados en las costumbres locales. De tal forma que, quizás ambos aspectos aparentemente tan alejados, puedan contener soluciones exitosas a problemas comunes.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO (s.f.) Fondo de cooperación para agua y saneamiento Home — AECID —FCAS — aecid.es
- AGUAYMEDIAMBIENTECON/CIENCIA(21 de octubre de 2021) Seguridad hídrica: más que un ods 6, una necesidad! <https://aguaymedioambienteconciencia.com/seguridad-hidrica-mas-que-un-ods-6-una-necesidad/#:~:text=La%20seguridad%20h%C3%ADdrica%20se%20define,por%20el%20agua%20y%20los>
- AQUABOOK (s.f.) Disponibilidad y accesibilidad de agua en el mundo. https://aquabook.agua.gob.ar/1023_0
- BANCO MUNDIAL (5 de octubre de 2022) El agua en la agricultura. <https://www.bancomundial.org/es/topic/water-in-agriculture>
- FERNÁNDEZ LUIÑA, E. (29 de agosto de 2019) La Escuela de Bloomington y su impacto intelectual. Conferencia en la Universidad Francisco Marroquín. Guatemala. <https://www.youtube.com/watch?v=Q-nLAWKn71o>
- FROST, R. (22 de agosto de 2023) 25 países sufren cada año «estrés hídrico extremo», tres de ellos en Europa. <https://es.euronews.com/green/2023/08/22/25-paises-sufren-cada-ano-estres-hidrico-extremo-tres-de-ellos-en-europa#:~:text=Green%20Noticias%20medioambientales—,25%20pa%C3%ADses%20sufren%20cada%20a%C3%B1o%20%22estr%C3%A9s%20h%C3%ADdrico%20extremo%22%2C,tres%20de%20ellos%20en%20Europa&text=M%C3%A1s%20de%20dos%20docenas%20de,hace%20vulnerables%20a%20la%20sequ%C3%ADa.&text=Una%20cuarta%20parte%20de%20la,extremo%2C%20seg%C3%BAun%20nuevo%20estudio>
- FUNDACIÓN AQUAE (28 de diciembre de 2021). Datos interesantes de la distribución del agua en la Tierra. <https://www.fundacionaquae.org/principales-datos-del-agua-en-el-mundo/>
- GIL IBARRA, E. (s.f.) El agua o la vida. https://www.elortiba.org/old/pdf/el_agua_o_la_vida.pdf
- GOODMAN, A. (mayo 2010) Cochabamba, la guerra del agua y el cambio climático <https://lavoiz.bard.edu/articles/index.php?id=1420>
- HARDIN, G. (1968) «La tragedia de los comunes» SCIENCE VOL. 162, N° 3859.

- HARVEY, D. *El «nuevo» imperialismo: acumulación por desposesión*. Buenos Aires, 2005. Editorial CLACSO.
- HIDROJING (9 de mayo de 2014) TOP10 de las mayores cuencas hidrográficas. <https://www.hidrojing.com/top10-de-las-mayores-cuencas-hidrograficas/>
- KLEIN, N. *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. Canadá, 2007. Editorial Paidós.
- MARX, K. *Das Kapital*, Hamburgo, 1867. Editor Friedrich Engels.
- MEYER, L. (22 de marzo de 2018). Adiós, petróleo: las próximas guerras serán por el agua. <https://ethic.es/2018/03/las-proximas-guerras-seran-por-el-agua-2/>
- NACIONES UNIDAS (s.f.) Población. <https://www.un.org/es/global-issues/population>
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS, Derechos Humanos (s.f.) Instrumentos jurídicos <https://www.ohchr.org/es/instruments-listings>
- ONU (s.f.) Agua e industria en la economía verde. https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/green_economy_2011/pdf/info_brief_water_and_industry_spa.pdf
- ONU (s.f.) El derecho humano al agua y al saneamiento. https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spa.pdf
- OSTROM, E. *El Gobierno de los Comunes, la evolución de las instituciones de acción colectiva*. Editorial Press Syndicate of the University of Cambridge. Reino Unido, 1990.
- PACHECO-VEGA, R. (2014) Ostrom y la Gobernanza del Agua en México. *Rev. Mex. Sociol* vol.76. Ciudad de México. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4966463>
- SMITH, A. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres, 1776. Editorial W. Strahan & T. Cadell.
- STILLMAN, P.G. *The Tragedy of the commons: A Re-Analysis*. Alternatives, vol. 4. USA, 1975.
- SOZIALBLE.ES *Cambiar es Humano* (23 de agosto de 2022) 10 datos sobre el agua que necesitas saber. <https://www.soziabile.es/semana-del-agua-datos-sobre-el-agua>

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL «ÚLTIMO HOMBRE EN PIE» COMO NOTA CARACTERÍSTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

THE «LAST MAN STANDING» THEORY AND THE DEFINITION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

MIGUEL HERNÁNDEZ SERNA

Magistrado. Letrado del Tribunal Constitucional¹.

Sumario: *I. Introducción: el concepto de «derecho fundamental». II. El canon de la razonabilidad. A. El canon en los Estados Unidos. B. El canon en España. C. Fundamento del canon: gobierno democrático versus gobierno del «último hombre en pie». D. Plasmación del fundamento del canon en la Constitución española de 1978. III. La limitación de la legitimación para recurrir. A. Estados Unidos. B. España. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.*

Resumen: El concepto tradicional de «derecho fundamental» en la doctrina y jurisprudencia españolas incluye todos los derechos y libertades del Capítulo II del Título I CE (arts. 14 a 38) debido a su carácter «vinculante» para el legislador previsto en el art. 53.1 CE. En su lugar, el artículo propone un concepto más restringido de «derecho fundamental». Solamente son «derechos fundamentales» aquellos «triumfos» (Dworkin) que su titular puede hacer valer frente al legislador a modo de «último hombre en pie» (Gärditz) provocando la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley aprobada democráticamente. Un efecto que en el sistema de la Constitución de

¹ Doctorando de la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, Programa de Doctorado en Unión Europea. Trabajo realizado bajo la supervisión del profesor Xabier Arzo Santisteban.

1978 solamente permiten los derechos enumerados en el art. 53.2 CE (arts. 14 a 29 y 30.2). Este nuevo concepto obliga necesariamente a revisar la jurisprudencia tradicional sobre el «contenido esencial» de los derechos fundamentales y la legitimación para recurrir, a fin de evitar el gobierno de los jueces.

Palabras clave: Derechos fundamentales, Legitimación, Contenido esencial, Proporcionalidad, Razonabilidad.

Abstract: The traditional concept of «fundamental right» in Spanish legal scholarship and case-law encompasses all rights and freedoms set forth in Chapter II of Title I of the Spanish Constitution (CE) (arts. 14 to 38), due to their «binding» effect upon the lawmaker provided for in art. 53.1 CE. Instead, this article suggests a more restricted approach to the concept of «fundamental right». «Fundamental rights» are only those «trumps» (Dworkin) that a «last man standing» (Gårditz) can enforce against the lawmaker bringing about a judicial declaration of unconstitutionality of an act of parliament. Pursuant to the Spanish Constitution of 1978, only the rights singled out in art. 53.2 CE (*i. e.*, arts. 14-29 and 30.2) grant this entitlement. This new concept calls for a necessary review of the traditional jurisprudence on the «essential content» of fundamental rights and the standing to sue, in order to avoid the government by judiciary.

Key words: Fundamental Rights, Standing, Essential Content, Proportionality, Reasonableness.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE «DERECHO FUNDAMENTAL»

El control de las leyes es la seña de identidad del Estado constitucional y representa la culminación de la «lucha contra las inmunidades del poder» iniciada en España en circunstancias muy difíciles, bajo una dictadura². Ahora bien, en una democracia, esta misma posibilidad de controlar judicialmente las decisiones del legislador genera un riesgo advertido desde antiguo: que tribunales inamovibles y no sometidos a rendición de cuentas democrática terminen actuando políticamente³.

² GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, n° 38, 1962, págs. 159-208.

³ LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Tecnos, Madrid, 2010 (1921); y SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983 (1931).

¿Cómo diferenciar los dos ámbitos, el político y el jurídico? O, dicho de otro modo, ¿hasta dónde pueden llegar los tribunales en el control de las decisiones tomadas por un legislador democrático? En los países con una constitución rígida y jurisdicción constitucional concentrada, como es el caso de España, el texto de la Constitución proporciona al órgano encargado de revisar la constitucionalidad de las leyes —el Tribunal Constitucional— las pautas para ejercer esta función. Sin embargo, la interpretación literal del texto de la Constitución no es suficiente. No todas las normas constitucionales tienen el mismo significado y función en un Estado constitucional de Derecho. Existen normas programáticas y finalistas. En particular, es axiomático que no todas las normas constitucionales contienen derechos fundamentales. Los «derechos fundamentales» son *parte* de la Constitución, pero no son *toda* la Constitución.

La mayoría de los constitucionalistas españoles considera que los «derechos fundamentales» son simplemente aquellos derechos que se imponen o vinculan al legislador⁴. Un criterio que les lleva a incluir dentro de ese grupo todos los «derechos y libertades» reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución de 1978 (arts. 14 a 38) puesto que, efectivamente, todos ellos «vinculan» al legislador, de acuerdo con el art. 53.1 CE. Este precepto remite a su vez al artículo 161.1 a) en cuanto a la forma de «tutelar» estos derechos. El art. 161.1 a) CE regula el «recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley» que pueden interponer el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados o 50 Senadores y los órganos legislativo y ejecutivo de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los arts. 162.1 a) CE y 32 LOTC, y puede conducir a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la ley recurrida con efectos generales o *erga omnes* de acuerdo con los arts.

⁴ Participan de esta opinión, por ejemplo, CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, 1989, págs. 35-62 (pág. 39); JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999 (págs. 17, 52 y 81); URÍAS, Joaquín, *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001 (pág. 198); Díez-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2008 (págs. 66-67, 81); o DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2022 (págs. 29-30). Y también el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la STC (Pleno) 31/2010, de 28 de junio, FJ 16: «Derechos fundamentales son, estrictamente, aquellos que, en garantía de la libertad y de la igualdad, vinculan a todos los legisladores, esto es, a las Cortes Generales y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, sin excepción»; o también STC (Sala 1ª) 46/1983, de 27 de mayo, FJ 6: «el art. 38 de la C.E. es ciertamente un derecho fundamental, pero no goza de la protección del recurso de amparo al sobrepasar los concretos límites a que se contrae el art. 53.2 fijando su ámbito material».

164.1 CE y 38 LOTC. Este sería, por tanto, el mecanismo de «tutela» de esos derechos: la declaración de inconstitucionalidad de la ley a iniciativa de órganos políticos, no de sus titulares.

Este concepto de «derechos fundamentales» como derechos vinculantes para el legislador se ha formado por la comparación o contraste entre los apartados 1 y 3 del art. 53. Según el apartado 3, los «principios rectores de la política social y económica» regulados en el Capítulo III del Tít. I (arts. 39 a 52 CE) no vinculan al legislador, sino que simplemente «informarán» la legislación positiva, de modo que «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Por lo tanto, viene a razonar la doctrina mayoritaria, si esos «principios» del Capítulo III —ya no «derechos»— no «vinculan» al legislador y carecen de un «contenido esencial» indisponible para este según el art. 53.3, entonces es que ese efecto (vinculante) y contenido (esencial) son las notas definitorias de los «derechos fundamentales», que son, por consecuencia, todos los mencionados en el art. 53.1, esto es, todos los del Capítulo II del Título I CE (arts. 14 a 38).

A nuestro modo de ver, esta concepción de los «derechos fundamentales» sostenida por la mayoría de la doctrina no es satisfactoria, al menos por dos razones.

En primer lugar, porque el criterio que emplea no sirve, en realidad, para delimitar el concepto que se quiere definir. El efecto vinculante para el legislador no es una nota característica de los derechos fundamentales, sino una nota común a todas las normas constitucionales de acuerdo con el art. 9.1 CE («Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»). Solamente la propia Constitución puede exceptuar o modular ese efecto, como hace el art. 53.3 con los «principios rectores». Y un efecto común a toda norma constitucional, como es su carácter vinculante para el legislador, no puede identificar la subespecie de los «derechos fundamentales». Por otra parte, la Constitución reconoce fuera del Capítulo II del Título I otros «derechos» que por su rango superlegal también vinculan al legislador y pueden conducir a la declaración de inconstitucionalidad de una ley a través del recurso de inconstitucionalidad, como por ejemplo el «derecho» a usar el castellano (art. 3.1), el «derecho» a acceder a los registros públicos [art. 105 b)] o el «derecho» a ejercer la acción popular (art. 125). Una evidencia que obliga a los autores partidarios de este concepto tradicional a matizar inmediatamente su definición inicial de «derechos fundamentales» acudiendo a un concepto cultural de dichos derechos:

estos otros derechos constitucionales no son «fundamentales» porque no están reconocidos como tales en el CEDH ni en las Constituciones de nuestro entorno⁵.

En segundo lugar, el criterio empleado falla porque no se ajusta a la realidad, ya que pretende englobar en una categoría unitaria, la de «derechos fundamentales», derechos y libertades con un régimen de tutela y protección muy diferente. Por un lado, la tutela de algunos de esos derechos del Cap. II puede instarse (o activarse) directamente por sus titulares mediante el recurso de amparo, conforme al art. 53.2 CE. Y por otro, la tutela que se dispensa mediante los recursos de inconstitucionalidad, que es la vía específica a que se refiere el art. 53.1 CE, es muy diferente en uno y otro caso. Como más adelante se verá, en el control de los arts. 15 a 29 CE el Tribunal Constitucional emplea el «principio de proporcionalidad», mientras que para los arts. 30 a 38 aplica el canon más deferente de la «razonabilidad» (por todas, STC Pleno 112/2021, de 13 de mayo, FJ 6). Y un concepto jurídico que no se ajusta a la realidad debe ser revisado⁶.

En definitiva, al centrarse exclusivamente en el carácter «vinculante» de los «derechos fundamentales», la doctrina ha difuminado las diferencias de tutela existentes y con ello ha oscurecido su concepto. A nuestro juicio, la nota distintiva de este tipo de derechos no es tanto que vinculen o pongan límites al legislador, pues como ya se ha dicho este es un efecto común a toda norma constitucional, de acuerdo con el art. 9.1 CE. La nota distintiva del concepto de «derecho fundamental» es que un simple particular, el titular de ese derecho, pueda hacer valer ese límite que representa su derecho frente al sujeto vinculado, esto es, el legislador. Pues, ¿qué clase de «derecho» es aquel cuyo propio titular no puede tutelar ante los tribunales? ¿Y qué clase de «derecho fundamental» es aquel cuyo titular no puede tutelar judicialmente frente al legislador? La pregunta pertinente no es, por tanto, qué «derechos» (así llamados por la Constitución) vinculan al

⁵ Por ejemplo, CRUZ VILLALÓN, Pedro (*loc. cit.*); o Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.* (págs. 38-39).

⁶ Los partidarios de la concepción mayoritaria reconocen, obviamente, la singularidad de los derechos mencionados en el art. 53.2 CE como subtipo privilegiado de «derechos fundamentales» susceptibles de tutela preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios y de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. No obstante, para ellos esta diferencia es de grado, no de clase. Nosotros sostenemos, por el contrario, que los derechos singularizados en el art. 53.2 CE (básicamente, los de la sección 1ª del Cap. II, del Tít. I: arts. 15 a 29) tienen una naturaleza muy diferente a los de la sección 2ª del mismo capítulo (arts. 30 a 38), y de ahí el diferente canon empleado por el Tribunal Constitucional en la «tutela» de unos y otros en recursos de inconstitucionalidad (art. 53.1).

legislador, sino *qué derechos permiten a una sola persona vencer en juicio al legislador*.

La tesis que se defenderá en este trabajo es que la «legitimación procesal del último hombre en pie» es el verdadero criterio distintivo de los «derechos fundamentales» fuertes en una democracia⁷. Una posibilidad de tutela judicial contra el legislador que la Constitución de 1978 no reconoce a todos los «derechos y libertades» del Capítulo II a que se refiere el art. 53.1 CE, sino solamente a los del art. 53.2 CE. Para ilustrar nuestra tesis debemos recordar la evolución de la doctrina constitucional americana respecto a la impugnación de las leyes económicas por los particulares.

Mientras el Estado asumía y se consideraba vinculado por el funcionamiento espontáneo del mercado y se entendía que las leyes no podían interferir en ese mecanismo, en otras palabras, durante el Estado abstencionista del siglo XIX, la cuestión de la legitimación para impugnar leyes del parlamento era una cuestión relativamente sencilla y binaria: o bien se reconocía en general, como en los Estados Unidos desde la sentencia *Marbury v. Madison*⁸, o bien se desconocía también absolutamente, como en los ordenamientos europeos. Y en el primer caso, esa legitimación para cuestionar la constitucionalidad de las leyes se reconocía para la tutela de todos los derechos hasta entonces reconocidos, esto es, los estrictamente individuales de libertad o abstención plasmados en las Constituciones de la época y los derechos patrimonializados, como el derecho a recibir el acta de nombramiento de un juez designado por el Presidente anterior que dio lugar al famoso caso mencionado.

La ampliación del sufragio y la consecuente transformación de los fines del Estado en el primer tercio del siglo XX, que pasó de garantizar solamente las relaciones de mercado a asumir la responsabilidad sobre la felicidad y bienestar de los ciudadanos (Estado social), produjo la aparición de leyes económicas que regulaban *e interferían* en el proceso económico. Estas nuevas medidas redistributivas y limitativas de la iniciativa privada provocaron la reacción inmediata de los intereses económicos perjudicados, es decir, de los empresarios. Una reacción que, por lo ya dicho, solo en los Estados Unidos pudo encauzarse jurídicamente, sin degenerar en crisis políticas, porque

⁷ Tomo prestada la expresión «legitimación del último hombre en pie» o «*last-man standing*» de GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, «Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, vol. 15, n° 2, 2014, págs. 183-201 (pág. 188). Más adelante explico el contexto en que emplea esta expresión.

⁸ 5 US 137 (1803).

solo allí, y no en los Estados europeos, podía un ciudadano que se consideraba perjudicado por una ley someter esa decisión política a los tribunales⁹.

De acuerdo con la experiencia norteamericana, el control por los tribunales de las decisiones de política económica tomadas por los órganos políticos, fundamentalmente los parlamentos, debe ser limitado. Dos técnicas contribuyen a este objetivo: el canon de la razonabilidad (deferencia hacia el legislador) y la limitación de la legitimación para recurrir. Ambas técnicas tienen su correspondencia en el ordenamiento constitucional español, y ello no es casual. En los siguientes apartados examinaremos el funcionamiento y el fundamento de las dos técnicas que permiten diferenciar las dos grandes modalidades de derechos fundamentales: por un lado, los derechos de libertad o «derechos fuertes»; y, por otro lado, los derechos sociales y de prestación.

II. EL CANON DE LA RAZONABILIDAD

A. El canon en los Estados Unidos

Las necesidades de la sociedad industrial provocaron que desde finales del siglo XIX los Estados de la Unión americana, titulares del poder de policía general frente a las competencias limitadas y enumeradas de la federación, comenzaran a dictar leyes destinadas a regular, y en consecuencia limitar, el ejercicio de actividades económicas¹⁰. Ello

⁹ A diferencia del sistema americano de la *judicial review of legislation*, el sistema europeo de justicia constitucional concentrada no se ideó para tutelar los derechos fundamentales de los particulares, como aquel, sino para judicializar los conflictos políticos entre los diferentes poderes del Estado (ejecutivo y legislativo, federal y regional) y evitar así que estos conflictos degenerasen en crisis sistémicas y colapso constitucional. De ahí que la legitimación para acceder al Tribunal Constitucional se limitase a los órganos políticos, con exclusión de los ciudadanos (CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 34, 128-129).

¹⁰ En aquella época el Tribunal Supremo norteamericano aún interpretaba restrictivamente las competencias del Congreso federal, de modo que este no podía regular las actividades económicas, crear empresas ni prestar servicios, salvo el de correos expresamente mencionado en la Constitución de 1787 (art. I.8.7^a). Las necesidades del crac de 1929 y el *New Deal* del Presidente Franklin D. Roosevelt modificaron esta jurisprudencia y ampliaron enormemente las competencias de la Federación. Véase CORWIN, Edward S., «The Passing of Dual Federalism», *Virginia Law Review*, vol. 36, n^o 1, 1950, págs. 1-24. Para una referencia más actual a esta diferencia entre el «*police power*» de los Estados y las competencias «enumeradas y limitadas» de la Federación, véase la sentencia *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519, 533-536 (2012), en el famoso asunto de la reforma sanitaria impulsada por el Presidente Obama.

planteaba la cuestión de si podía el poder político imponer límites a la libertad económica, o lo que es lo mismo, si el capitalismo *laissez faire* estaba inserto en la Constitución y, por tanto, más allá del poder de decisión de las mayorías democráticas.

Inicialmente, así lo consideraron los tribunales norteamericanos. Tanto los tribunales de los Estados como el Tribunal Supremo federal interpretaron que la garantía de la «libertad» y la «propiedad» frente a cualquier privación «sin el debido proceso legal» («*without due process of law*») que la Enmienda XIV impone a los Estados (la Enmienda V lo hace a la Federación) no era un derecho formal que permitiera la limitación de esos derechos siempre y cuando se hiciera con las debidas garantías, es decir, en ejecución de una ley previa y precisa que autorizase su modulación o ablación en el caso concreto, a modo de principios de legalidad y tipicidad. Era, por el contrario, un derecho *sustantivo* que incorporaba un contenido intangible para los legisladores estatales. Un contenido que se identificaba con la expectativa de entablar y mantener relaciones contractuales libres con terceros y con las ganancias pendientes de adquisición.

Basándose en esta interpretación («*substantive due process*» o «*economic due process*»), los tribunales norteamericanos declararon contrarias a la libertad y la propiedad constitucionalmente garantizadas sucesivas leyes estatales que limitaban el trabajo infantil o la jornada laboral, que obligaban a pagar a los trabajadores en dinero y no en bonos de la compañía, que impedían despedir a trabajadores por razón de su afiliación sindical o que obligaban a concertar un seguro obligatorio de accidentes para la circulación de vehículos a motor (hasta tal punto llegaba el entendimiento de los derechos a la libertad y a la propiedad). Incluso se calificó a los sindicatos como una fórmula de «acuerdo entre vendedores de trabajo» para aplicarles la prohibición de monopolios de la *Sherman Act* y prohibirlos. Se consideraba, en fin, que todas estas iniciativas y leyes limitaban inconstitucionalmente la libertad económica, no solo de los empresarios, sino de los propios trabajadores, que debían poder legítimamente vender su trabajo por el precio y las condiciones de mercado, aunque fuesen precios de miseria y condiciones infrahumanas¹¹.

¹¹ Todo este proceso está brillantemente expuesto en el libro ya citado *El gobierno de los jueces*, del jurista francés Edouard LAMBERT (en especial, págs. 61-63, 79-104, 176-182, 273), escrito precisamente para alertar sobre los peligros de introducir el control judicial de las leyes en Francia, que se debatía en aquel momento (*id.*, págs. 5-12).

De este modo el Tribunal Supremo insertó en la Constitución norteamericana «el derecho fundamental de todo hombre libre a perseguir sus objetivos privados en un sistema de libre mercado», en expresión de Ackerman¹². Epítome de este activismo judicial fue la sentencia *Lochner v. New York*¹³, en la que el Tribunal Supremo declaró, por mayoría de 5 a 4, contraria a la libertad garantizada en la XIV Enmienda una ley del Estado de Nueva York que limitaba a 60 horas semanales la jornada de trabajo en las panaderías. La relevancia de esta sentencia es tal que en los Estados Unidos aún se sigue empleando el término «lochner» o «lochnerismo» para aludir al activismo judicial. Aunque la sentencia *Lochner* es relevante sobre todo por el famoso voto particular del juez Oliver Wendell Holmes, que merece ser reproducido:

«Este caso se decide sobre una teoría económica que una gran parte del país no comparte. Si se tratara de saber si apruebo esa teoría, desearía estudiarla a fondo y durante un tiempo antes de formarme una opinión. Pero no me parece que esta sea mi función, pues estoy firmemente convencido de que mi acuerdo o desacuerdo nada tiene que ver con el derecho de la mayoría a plasmar sus opiniones en las leyes (...) Una Constitución no pretende encarnar una teoría económica particular, ya sea la del paternalismo y la relación orgánica del ciudadano con el Estado o la del *laissez faire*. Está hecha para personas con opiniones fundamentalmente diferentes, y el hecho de que encontremos ciertas opiniones naturales y familiares o novedosas e incluso chocantes no debería condicionar nuestro juicio sobre la cuestión de si las leyes que las incorporan vulneran la Constitución (...) Creo que se pervierte la palabra libertad de la Decimocuarta Enmienda cuando se sostiene que impide el resultado natural de una opinión dominante, salvo que se pueda decir que un hombre racional y justo necesariamente admitiría que la ley propuesta infringe principios fundamentales tal como se han entendido por las tradiciones de nuestro pueblo y nuestro derecho. No es necesaria ninguna investigación para demostrar que no es posible predicar esta condena tan rotunda a la ley que tenemos ante nosotros. Un hombre razonable podría pensar que es una medida adecuada para la protección de la salud. Hombres que ciertamente no podría considerar irrazonables la defenderían como primer paso de una reglamentación general del horario de trabajo».

Las necesidades derivadas de la crisis del 29 aumentaron la legislación social. Tal como lo expresa el profesor Tribe, después del crac «ya no podía seguir argumentándose seriamente que la mano invisible del mercado garantizaba al mismo tiempo los derechos individuales y el

¹² ACKERMAN, Bruce, «Beyond 'Carolene Products'», *Harvard Law Review*, vol. 98, n.º 4, 1985, págs. 713-746 (pág. 714).

¹³ 198 U.S. 45 (1905).

bien común», como se entendía hasta entonces¹⁴. Las leyes sociales del *New Deal* impulsado por el Presidente Franklin D. Roosevelt al acceder a la presidencia en 1933 y la presión social obligaron al Tribunal Supremo a capitular y a rectificar su doctrina en *Nebbia v. New York* donde resolvió que una ley del Estado de Nueva York que fijaba el precio de venta de la leche no vulneraba la «*due process clause*» de la XIV Enmienda:

«En lo que respecta al requisito del proceso debido, y en ausencia de otra restricción constitucional, un Estado es libre de adoptar cualquier política económica que *razonablemente* se considere que promueve el bienestar público y de hacer cumplir esa política mediante una legislación adaptada a su propósito. Los tribunales carecen de autoridad para establecer tal política o, cuando ha sido establecida por el legislador, para invalidarla. Si se considera que las leyes aprobadas tienen una *relación razonable* con un propósito legislativo adecuado y no son arbitrarias ni discriminatorias, se satisfacen los requisitos del debido proceso»¹⁵.

Poco después confirmó esta nueva aproximación en *West Coast Hotel Co. v. Parris*, donde aceptó la fijación del salario mínimo por una ley del Estado de Washington:

«una regulación que sea razonable en relación con su objeto y se adopte en interés de la comunidad es debido proceso»¹⁶.

Desde entonces, este canon de la mera razonabilidad ha sido el empleado por las jurisdicciones constitucionales para juzgar las decisiones de política económica desde la perspectiva de los derechos individuales. Así lo han hecho, entre otros, el Tribunal Constitucional alemán o el Consejo Constitucional francés¹⁷, y también el Tribunal Constitucional español.

B. El canon en España

En España, el Tribunal Constitucional ha empleado este canon de razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes eco-

¹⁴ TRIBE, Lawrence, *American Constitutional Law*, vol. 1, 3ª ed, New York, Foundation Press, 2000 (pág. 1358).

¹⁵ 291 U.S. 502, 537 (1934), énfasis añadido.

¹⁶ 300 U.S. 379, 385, 391 (1937).

¹⁷ Véanse las citas de jurisprudencia en BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002 (págs. 71-72), y en SAUTER, Wolf, «The Economic Constitution of the European Union», *Columbia Journal of European Law*, vol. 4, 1998, págs. 27-68 (págs. 48-49)

nómicas, frente al «principio de proporcionalidad» que emplea en el examen de las leyes que afectan a los derechos de la sección 1ª del Cap. II del Tít. I CE (arts. 15 a 29), singularizados en el art. 53.2 para permitir su tutela mediante el amparo judicial ordinario y el amparo constitucional.

Como es conocido, el principio o canon de proporcionalidad exige la superación de un triple juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El Tribunal Constitucional aplicó este principio por primera vez en la STC (Sala 2ª) 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5, en el recurso de amparo contra la denegación gubernativa de una manifestación por vulneración de este derecho fundamental (art. 21.2 CE)¹⁸. Y a partir de entonces lo ha empleado en innumerables recursos de amparo y también en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad en los que se plantea la vulneración de derechos fundamentales de la sección 1ª del Capítulo II del Título I (arts. 15 a 29)¹⁹. Frente a ello, el Tribunal Constitucional considera que las limitaciones a la libertad de empresa del art. 38 CE:

«...deben ajustarse a un *canon de razonabilidad* en el sentido de que respondan a un objetivo constitucionalmente legítimo y sean idóneas o adecuadas para conseguirlo sin que su intensidad llegue al punto de suponer un impedimento práctico del libre ejercicio de la actividad económica» (STC Pleno 111/2017, de 5 de octubre, FJ 4, énfasis añadido).

Y para el derecho de propiedad del art. 33 CE el Tribunal Constitucional ha establecido el mismo canon²⁰.

¹⁸ «Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (STC 66/1995, FJ 5).

¹⁹ Por ejemplo, en la STC (Pleno) 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 4, en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana (para verificar si la regulación de los cacheos era o no conforme con los a la integridad física e intimidad personal de los arts. 15.1 y 18.1 CE), o en la STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio, FJ 6, en la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el precepto legal que no permitía el cambio de nombre y sexo de menores transexuales en el Registro Civil (para verificar si esta ley era o no conforme con el derecho fundamental a la intimidad, art. 18.1 CE).

²⁰ Valga, por todas, la cita de la STC (Pleno) 16/2018, de 22 de febrero, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra una ley autonómica de vivienda que imponía la obligación del propietario

Así pues, frente a los derechos fundamentales sometidos a un canon de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), la regulación de la explotación económica de bienes para acomodarla a intereses colectivos queda sometida a un canon de mera razonabilidad, o, si se prefiere, de «interdicción de la arbitrariedad» (art. 9.3 CE). Un canon mucho más deferente con el legislador, ya que se limita a aplicar el primer paso de los tres que componen el juicio de proporcionalidad: la adecuación de la ley enjuiciada al objetivo perseguido, con exclusión de los otros dos (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

C. Fundamento del canon: gobierno democrático *versus* gobierno del «último hombre en pie»

Las decisiones colectivas para organizar la vida en común pueden tomarse de dos maneras posibles: políticamente, es decir, por la voluntad del soberano (en una democracia, votando) o científica o técnicamente, es decir, por expertos, sin rendición de cuentas a los ciudadanos en aplicación de ciertas reglas y conocimientos específicos (no políticos) solo accesibles para ellos²¹. El ejemplo principal de este último tipo de decisiones es el control de constitucionalidad de las leyes ejercido por tribunales integrados por jueces inamovibles en función de los métodos de interpretación jurídica comúnmente aceptados (letra del precepto, finalidad de la norma, trabajos preparatorios, etcétera: art. 3.1 CC). Aunque no es el único. También la ciencia económica aplicada por expertos se emplea para tomar decisiones

de viviendas vacías de destinarlas a residencia efectiva. Según la demanda, la ley no respetaba el principio de proporcionalidad en el sentido antes expuesto de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Enfrentándose a esta alegación, dijo el Tribunal: «A diferencia de lo sostenido en la demanda, este Tribunal aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el artículo 53.1 CE de «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título», no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el «equilibrio justo» o «relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida» (por todas, asunto *James y otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones» (FJ 17, énfasis añadido).

²¹ SUMPTION, Jonathan, *Juicios de Estado: la ley y la decadencia de la política*, Antoni Bosch, ed., Barcelona, 2019 (págs. 40, 51, 87-94, *passim*). La diferencia entre ambos tipos de controles también la ha expresado Scharpf en su clásica dicotomía entre legitimación de origen (gobierno *por* el pueblo) y legitimación de resultado (gobierno *para* el pueblo), siendo uno de estos mecanismos de legitimación de resultado el gobierno por expertos independientes (SCHARPF, Fritz, *Gobernar en Europa, ¿eficaz y democráticamente?*, Alianza, Madrid, 2000, págs. 29-31).

al margen del proceso político, por ejemplo, mediante órganos reguladores y bancos centrales, que en algunos casos tienen ámbitos de autonomía constitucionalmente garantizada como sucede en el ámbito de la UE (arts. 13 TUE y 282-284 TFUE) o en Alemania (art. 88 *Grundgesetz*). En todo caso, estos órganos carecen del poder de la última palabra reservado a los tribunales, pues sus decisiones no dejan de estar sometidas al control judicial (cfr. art. 263 TFUE).

Entre ambos tipos de decisiones, políticas y jurídicas, existen importantes diferencias. Las soluciones políticas están basadas en una transacción o compromiso entre diferentes grupos sociales e intereses y son por tanto ajustables y reversibles por naturaleza. Como ha dicho el Tribunal Constitucional «la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia» (STC Pleno 31/2010, de 28 de junio, FJ 6)²². Por el contrario, las decisiones técnicas o jurídicas, que son por definición contramayoritarias, se presentan y legitiman como la única solución posible, la correcta u óptima de acuerdo con las reglas de la razón técnica aplicada, ante la cual no cabe por tanto discrepancia razonable²³. Por eso el quebrantamiento de la jurisprudencia es siempre motivo de recurso en las diferentes leyes procesales²⁴, y por eso también el cambio de jurisprudencia debe justificarse técnicamente, como una nueva «interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no [como] una respuesta *ad personam*, singularizada... fruto de un mero voluntarismo» (STC 80/2020, de 15 de julio, FJ 4). Como puntualizó hace años el profesor Wechsler, la diferencia esencial entre los razonamientos políticos y los constitucionales es que los primeros son «*ad hoc*» y están orientados teleológicamente (por eso los políticos pueden defender una regla y la contraria según beneficie o perjudique a sus intereses), mientras que los segundos son —o al menos deberían ser— estándares «neutrales» o principiales («*principled*»), esto es, independientes y ajenos al caso concreto y a quién benefician o perjudican en el mismo²⁵.

En un sistema de autogobierno democrático, las decisiones colectivas están principalmente encomendadas a los representantes polí-

²² Esta idea de reversibilidad de las decisiones políticas implica un relativismo o escepticismo acerca del modo como deben solucionarse los problemas sociales que es inherente a toda democracia (KELSEN, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, 2006 (1920), págs. 148, 219-231).

²³ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1974 (pág. 32).

²⁴ Arts. 477.3 y 483 LEC; arts. 885.2 y 889.2 LECrim; art. 88.2 a), e) y f) LJCA; o arts. 207 e) y 219 LJS.

²⁵ WECHSLER, Herbert, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 73, n° 1, 1959, págs. 1-35 (en especial, págs. 14-16).

ticos, sometidos a reelección y por tanto a responsabilidad por sus decisiones ante el electorado. Los tribunales no deben resolver todos los conflictos existentes en la sociedad, puesto que no están llamados a sustituir a esos cargos electos precisamente como consecuencia de esa ausencia de rendición de cuentas ante el electorado. Sin embargo, esa falta de sujeción al mandato popular los hace especialmente idóneos para una labor igualmente importante en democracia, como es la protección de los derechos individuales frente a la opresión de la mayoría²⁶.

Un cargo electo difícilmente contendrá los impulsos de la mayoría. En cambio, un juez inamovible y asistido por una razón técnica como el derecho sí puede hacerlo. Ahora bien, ¿cómo encontrar los límites entre estos dos ámbitos? Cuando de la justicia administrativa se trata, normalmente el legislador habrá establecido preceptos claros que permitan una solución técnico-jurídica mediante la interpretación y aplicación de sus mandatos. Mandatos, estos sí, basados en el juicio político y cambiante de las mayorías. Por ejemplo, una ley puede imponer la anulación de una autorización administrativa por excesiva e innecesaria para el objetivo que persigue, como hace el art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Esta ley contiene, incuestionablemente, una valoración política. Pero es que esa es precisamente su función: incorporar al derecho (reversible, mediante su derogación) las opiniones y valoraciones políticas o de oportunidad de la mayoría que ha elegido al legislador y que evaluará su cometido en la siguiente elección. En cambio, cuando se trata de revisar las decisiones del propio legislador, lo haga el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de inconstitucionalidad o un juez ordinario al interpretar las leyes de conformidad con la Constitución (art. 5 LOPJ) que puede conducirlo a plantear una cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), el tema es más complejo.

De acuerdo con la gráfica expresión de Dworkin los auténticos derechos o derechos en sentido fuerte son «triumfos» frente a la mayoría²⁷, es decir, son derechos frente al Estado o frente al Gobierno. Ello quiere decir que ninguna directriz política ni objetivo social colectivo (por ejemplo, la eficiencia económica, la justicia social o la protección del medio ambiente) puede imponerse a esos derechos. Así en-

²⁶ SCALIA, Antonin, «The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers», *Suffolk University Law Review*, vol. 17, 1983, págs. 881-899 (págs. 896-897).

²⁷ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984 (págs. 284-303, 383); del mismo autor, «Rights as Trumps», en WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, págs. 153-168.

tendidos, solo los derechos de primera generación que garantizan un estatuto individual de libertad o inmunidad pueden ser considerados como tales, pues efectivamente ningún objetivo social o común puede justificar violentar el *status libertatis* que garantizan (la conciencia o credo religioso, el derecho a expresar y compartir ideas, a reunirse con los semejantes o a no ser sancionado sino por incumplir una ley vigente)²⁸. En cambio, no puede existir un derecho en sentido fuerte para hacer prevalecer a toda costa el interés en la explotación económica de bienes. A diferencia de los anteriores, esta actividad pone en riesgo y colisiona con los derechos de otros (trabajadores) y con intereses colectivos como el suministro de bienes esenciales o la calidad del medio ambiente. Por la misma razón, tampoco puede existir un derecho de prestación en sentido fuerte (a la vivienda, la protección de la salud o las pensiones, por ejemplo) al margen de las consideraciones del legislador, aunque solo sea por el simple hecho de que los tribunales no tienen capacidad para subir los impuestos o emitir deuda pública a fin de sufragar los nuevos gastos asociados a la satisfacción de estos «derechos»²⁹.

Obviamente, la situación es diferente cuando el legislador ya ha efectuado esta ponderación y ha reconocido legalmente un derecho. Entonces, la Administración no puede oponerse al pago o cumplimiento alegando la falta de consignación presupuestaria, como tuvo que aclarar el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo interpuesto por varios mutilados de la Guerra Civil excombatientes de la zona republicana frente a la denegación de las pensiones que legalmente tenían reconocidas (STC Sala 2ª 294/1994, de 7 de noviembre, FJ 3). Pero cuando no existe esa interposición del legislador, o se trata de valorar esa interposición como eventualmente contraria a la Constitución, solo los derechos de primera generación que garantizan el *status libertatis* del individuo pueden limitar su actuación.

²⁸ Solo el derecho constitucional de excepción permite limitar o incluso suspender estos derechos por intereses colectivos (por ejemplo, para salvaguardar la independencia e integridad territorial de España o para proteger la salud pública). Cfr. art. 55.1 CE y ATC 40/2020, de 30 de abril, inadmitiendo el recurso de amparo contra la denegación de una manifestación en Vigo durante el estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia del Covid-19.

²⁹ Por no ser consciente de esto último, el Tribunal Constitucional italiano tuvo que crear en los años 90 una oficina económica interna para valorar preventivamente los costes que podrían generar para el erario público las sentencias que reconocían derechos de prestación a los particulares derivados directamente de la Constitución, y no de la ley (PIZZORUSSO, Alessandro, «Las generaciones de derechos», *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 2002, págs. 493-514, págs. 506-507).

Estos derechos de libertad solamente obligan al poder a abstenerse porque atribuyen facultades que el titular puede ejercer por sí mismo sin necesidad de auxilio alguno, como pensar, comunicarse, reunirse con otras personas o rezar. En cambio, la explotación económica de bienes requiere la colaboración de otras personas (los trabajadores). Además, el ejercicio autónomo de esos derechos de libertad es inocuo desde un punto de vista social, puesto que su ejercicio no condiciona decisiones colectivas u objetivos comunes como la garantía de un nivel de vida digno para todos o la calidad del medio ambiente, ni tampoco impide a otros ejercer estos mismos derechos. Por el contrario, la explotación económica de bienes sí impacta en terceros (consumidores) y en la colectividad (bienes disponibles o accesibles, calidad del medio ambiente, etc.). Por último, los derechos de libertad se diferencian esencialmente de los derechos de prestación porque estos últimos requieren una actividad pública que el legislador ha debido configurar teniendo en cuenta todos los intereses implicados, desde la justicia de su prestación hasta el efecto desaliento o riesgo moral (*moral hazard*) de su establecimiento, pasando por las disponibilidades presupuestarias.

Por su autosuficiencia, los derechos de libertad han sido considerados como «derechos naturales» del hombre. Según las teorías pactistas, el hombre ya posee estos derechos en estado de naturaleza, «por el mero hecho de existir», y no los pierde al entrar en estado de sociedad, sino que, al contrario, precisamente entra en ese estado para tenerlos «mejor asegurados»³⁰. Estos derechos son, básicamente, los recogidos en las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII, incluido el derecho a acudir a un juez imparcial. Aunque este derecho, a diferencia de los demás de este grupo, requiere una organización prestacional a cargo del Estado, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional³¹, su inclusión entre los derechos naturales se justifica porque vendría a replicar en estado de sociedad la facultad de hacer justicia por la propia mano que el hombre tiene en estado de naturaleza³².

³⁰ PAINE, Thomas, *Derechos del hombre. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 2008 (1791) (págs. 97-98).

³¹ «La tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad directamente ejercitable a partir de la Constitución, sino que se trata de un derecho prestacional y, por tanto, de configuración legal que sujeta su ejercicio a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que el legislador establezca» (STC Pleno 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 5, citando otras anteriores).

³² PAINE, Thomas (*loc. cit.*); LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 2000 (1689) (págs. 38-44 y 136-138).

Como consecuencia de su autosuficiencia, estos derechos de libertad pueden ser reconocidos en estado de sociedad «sin que ninguna clase de ciudadanos pierda lo que ganan otros»³³. Así, por ejemplo, la manifestación o exposición de ideas por parte de un grupo social no impide la misma actividad por parte de otro grupo con opiniones o intereses contrapuestos; ni la reunión o asociación para fines políticos o empresariales impide otras reuniones para fines distintos; ni, en fin, el culto de una persona o confesión impide a quienes profesan otra religión rendir el suyo.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha apoyado en ocasiones en esta distinción, por ejemplo, en su famosa sentencia *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, que declaró inconstitucional la obligación de saludar la bandera que imponían los centros educativos de la época. La sentencia subrayó la siguiente característica como «distintiva» del caso examinado:

«La libertad invocada por [los recurrentes que no querían participar en la ceremonia] no colisiona con los derechos reivindicados por cualquier otro individuo. Son normalmente estos conflictos los que requieren la intervención del Estado para determinar dónde terminan los derechos de uno y comienzan los de otro. Pero la negativa de estas personas a participar en la ceremonia no interfiere ni niega los derechos de otros para hacerlo»³⁴.

D. Plasmación del fundamento del canon en la Constitución española de 1978

En su parte dogmática (Tít. I), la Constitución diferencia tres tipos de derechos:

- a) «los derechos fundamentales y las libertades públicas» de la sección 1ª del Capítulo II (arts. 15 a 29).
- b) Los «derechos constitucionales» de la sección 2ª del mismo Capítulo (arts. 30 a 38).
- c) Y los «principios rectores de la política social y económica» del Capítulo III (arts. 39 a 52).

³³ BOUTMY, Emile, «La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek», en GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI (ed.), *Orígenes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, G. Jellinek, E. Boutmy, E. Doumerge y A. Posada, Ed. Nacional, Madrid, 1984 (1902), págs. 121 ss (pág. 148).

³⁴ 319 U.S. 624, 630 (1943).

Pues bien, los derechos del primer grupo se corresponden básicamente con los derechos de libertad (expresión, reunión, credo, etcétera); los del segundo con las expectativas económicas (derecho de propiedad y libertad de empresa); y los del tercero con los derechos de prestación a cargo de los poderes públicos (salud, vivienda o pensiones) y con los derechos de solidaridad vinculados al disfrute de bienes colectivos (medio ambiente).

Obviamente, esta clasificación no es perfecta, tiene excepciones. Al fin y al cabo, la Constitución no es pura elucubración teórica lanzada al mundo de las ideas, sino un documento político redactado en un contexto determinado con el propósito de regir una comunidad concreta, que debe aceptarlo. Pero a nuestro juicio estas excepciones no alteran la regla, sino que la confirman.

Por ejemplo, entre los «derechos de libertad» de los arts. 15 a 29 la Constitución recoge junto con la «libertad de enseñanza», el «derecho a la educación» (art. 27), que a diferencia de la anterior es un derecho de prestación que requiere la organización del correspondiente servicio público, diferente naturaleza que ha reconocido el Tribunal Constitucional³⁵. Sin embargo, esta excepción se explica por razones históricas y políticas propias de nuestro país, donde la regulación constitucional de la educación siempre ha sido polémica³⁶. De la misma manera, razones históricas evidentes justifican también el reconocimiento entre los «derechos de libertad» de un derecho que a diferencia de estos últimos puede impactar gravemente sobre intereses colectivos, como es el «derecho a la huelga» cuyo ejercicio debe asegurar “el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” (art. 28.2). En realidad, el propósito de este art. 28.2 parece

³⁵ «Este tribunal ha destacado desde sus primeras resoluciones la doble dimensión o contenido del art. 27 CE que regula, por una parte, un derecho de libertad y, por otra, un derecho de prestación frente a los poderes públicos... Se trata de dos perspectivas en cierta medida opuestas: libertad para educar y educarse frente al poder político, como manifestación de las libertades de expresión, ideológica y de culto, y de empresa, por una parte; y derecho a obtener del mismo poder una educación gratuita, por otra (perspectiva de servicio público)» [STC Pleno 34/2023, de 18 de abril, FJ 3 d)].

³⁶ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016 (1978) (pág. 199). Tan polémica que de hecho la solución (anticlerical) que la Constitución española de 1931 dio a esta cuestión es citada justamente como modelo de lo que *no* hay que hacer al redactar una Constitución en uno de los libros más importantes de derecho constitucional de la historia (BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., 1986, Yale University Press (pág. 106). Sobre la solución anticlerical de la Constitución de 1931, véase OLIVER ARAUJO, Joan, «La cuestión religiosa en la Constitución de 1931: una nueva reflexión sobre un tema clásico», *Revista de Estudios Políticos*, nº 81, 1993, págs. 175-183.

haber sido obligar a dictar una regulación postconstitucional de la huelga (todavía pendiente más de cuarenta años después), ya que la existencia del derecho de huelga se derivaría igualmente del reconocimiento en el lugar oportuno —de acuerdo con su naturaleza— del «derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo», que se efectúa con idéntica garantía de «asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad» en el art. 37.2 CE. Por ello, Alzaga califica este art. 28.2 como una “reiteración”³⁷.

A la inversa, aparentes derechos de libertad como el «derecho a contraer matrimonio» (art. 32.1) o el «derecho al trabajo» (art. 35.1) se incluyen entre las que he denominado «expectativas económicas» (sección 2ª del Cap. II). Sin embargo, también estas excepciones pueden justificarse. El derecho a contraer matrimonio es un derecho humano de corte clásico consagrado en los textos fundacionales del derecho internacional (arts. 16 DUDH y 12 CEDH) como reacción a las prohibiciones de matrimonios interraciales de las leyes de Núremberg y otros regímenes totalitarios³⁸. Su postergación en la CE de 1978, que no lo incluyó en la sección 1ª, puede ser debida a que en España nunca se dictaron leyes de este tipo, y a que el propósito del constituyente no era tanto desterrar ese tipo de prohibiciones (inexistentes) como obligar al parlamento a reformar el derecho matrimonial hasta entonces vigente para otorgar plena igualdad jurídica a la mujer, como se desprende del tenor literal del art. 32.1 («el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio *con plena igualdad jurídica*»). Por lo que respecta al «derecho al trabajo», aunque es, aparentemente, un derecho de libertad, se diferencia esencialmente de estos en que su ejercicio no tiene carácter inocuo, como tuvo que reconocer el Tribunal Constitucional cuando rechazó que la jubilación forzosa de los trabajadores asalariados vulnerase el derecho al trabajo del art. 35.1 CE:

«la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo» (STC Pleno 22/1981, de 2 de julio, FJ 8).

En otras palabras, el derecho al trabajo no puede reconocerse a todos al mismo tiempo («sin que ninguna clase de ciudadanos pierda

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ VAN DER SLOOT, Bart, «Between fact and fiction Child and Family Law: An analysis of the case law on article 12 ECHR», *Child and Family Law Quarterly*, n.º 4, 2014, págs. 397-420 (pág. 399).

lo que ganan otros», en expresión de Boutmy citada más arriba). Por lo tanto, su ubicación en la sección 2ª entre los «derechos constitucionales» no fundamentales está plenamente justificada³⁹.

Así pues, aunque la clasificación de la CE de 1978 no es perfecta, sí se ajusta al criterio general señalado de separar los derechos de libertad autosuficientes e inocuos (arts. 15 a 29); los derechos que, aunque puedan ejercerse de manera autosuficiente, no pueden reconocerse a todos al mismo tiempo (como el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo o el derecho al trabajo), asemejándose así a las expectativas económicas (arts. 30 a 38); y los derechos de prestación que requieren una actividad positiva por parte de los poderes públicos sujeta a la ordenación de prioridades políticas y limitaciones presupuestarias (arts. 39 a 52).

El fundamento de esta sistemática se ve corroborado por los mecanismos de tutela previstos para cada grupo de derechos en el art. 53 CE. Según este precepto:

- a) Los derechos de prestación («principios rectores») solamente «informan» al legislador, no le vinculan, ni pueden alegarse ante los tribunales sino en la medida en que estén reconocidos en una ley (art. 53.3 CE). Una eficacia limitada que está plenamente justificada porque, como ya hemos visto, el reconocimiento de estos derechos (vivienda, pensiones, salud, medio ambiente...) no puede hacerse al margen de las disponibilidades presupuestarias y de una ordenación de prioridades netamente política que corresponde al legislador (¿hay que detraer dinero de las pensiones para añadir una prestación al sistema nacional de salud o para abrir un nuevo consulado a fin favorecer las relaciones internacionales con una potencia emergente que puede importar nuestros productos, o deben mantenerse las pensiones y descartar esos otros fines igualmente legítimos?).

³⁹ Existen más excepciones, por ejemplo, la inclusión entre los derechos fundamentales y libertades públicas de preceptos que no recogen derechos susceptibles de amparo constitucional, como los mandatos dirigidos a los poderes públicos de cooperar con las confesiones religiosas del art. 16.3 (STC Sala 1ª 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 5) o de orientar las penas hacia la reeducación y reinserción social del art. 25.2 (ATC Sección 3ª 15/1984, de 11 de enero, FJ único). Nuevamente, son excepciones que se explican perfectamente por el contexto histórico en que se aprobó la Constitución de 1978. De hecho, que esos mandatos no puedan ser tutelados en amparo demuestra la tesis que venimos sosteniendo: que la Constitución solamente permite que los particulares tutelén frente al legislador sus derechos de libertad en sentido fuerte, no los demás.

- b) Los particulares no pueden tutelar *por sí mismos* frente al legislador sus expectativas económicas, singularmente sus derechos de propiedad y libertad de empresa, (arts. 33 y 38), puesto que esta «tutela» queda reservada a los órganos políticos legitimados para presentar recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, según el art. 53.1, en relación con el art. 161.1 a) CE. Lo que se justifica por el carácter no fuerte de estos derechos, que pueden ceder ante intereses colectivos (eficiencia económica, seguridad laboral, salud pública, mantenimiento de un nivel de vida digno por los trabajadores, etc.).
- c) En cambio, esos mismos particulares sí pueden tutelar *por sí mismos* frente al legislador los derechos «en sentido fuerte» (Dworkin) de los arts. 14 a 29 y 30.2 CE, puesto que el art. 53.2 les permite acudir a los tribunales para lograr la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley que menoscabe esos derechos, tanto en la vía preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios, como mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁴⁰.

En suma, solo en el caso del art. 53.2 la Constitución reconoce la legitimación del «último hombre en pie» o «*last-man standing*» contra el legislador⁴¹. Solamente en el caso de los derechos «en sentido fuer-

⁴⁰ La posibilidad de que el Tribunal Constitucional declare incidentalmente inconstitucional una ley y la inaplique solamente en el caso particular (*inter partes*) para preservar un derecho fundamental alegado en amparo es notoria y no necesita mayor explicación: el Tribunal Constitucional está sometido solamente a la Constitución y a su Ley Orgánica reguladora (art. 1.1 LOTC). Además, el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de esa ley con efectos generales o *erga omnes* autoplanteándose la cuestión de inconstitucionalidad tras estimar el recurso de amparo (art. 55.2 LOTC). Finalmente, esta misma inaplicación de la ley inconstitucional al caso particular también puede y debe efectuarse en la vía preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios del art. 53.2, tal como sostuvo García de Enterría en su fundacional artículo sobre el valor normativo de la Constitución publicado inmediatamente después de su entrada en vigor: si un Tribunal —decía este autor— «estima que la Ley, eventualmente Orgánica, no respeta el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate, el Tribunal de amparo, bien ordinario, bien constitucional, deberá atenerse a dicho contenido para dispensar el amparo, sin que el Tribunal ordinario tenga que demorar (lo que iría contra el mandato de «preferencia y sumariedad» que impone al amparo el artículo 53.2) dicho amparo para sustanciar un incidente previo de inconstitucionalidad de dicha Ley Orgánica, inconstitucionalidad que, según el art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, podrá ya declarar el Tribunal Constitucional al resolver, en su caso, el amparo constitucional» (GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, «La constitución como norma jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, nº 2-3, 1979, págs. 291-342, págs. 319-320).

⁴¹ GÄRDITZ (*op. cit.*) utiliza la expresión «*last-man standing*» para referirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán a la que enseguida

te» se permite que un solo ciudadano pueda vencer al legislador en juicio y conseguir la declaración de inconstitucionalidad de una ley aprobada en el parlamento. Un ejemplo permitirá ilustrar la esencial diferencia entre la tutela de estos derechos «fundamentales» (fuertes) y los simplemente «constitucionales» (no fuertes).

Si una ley de las Cortes Generales prohibiese la venta y consumo tabaco y privase a los titulares de los estancos, no solo de sus licencias de actividad, sino también de sus derechos de propiedad sobre los locales sin ningún tipo de indemnización por considerar que sus ganancias obtenidas con tan nocivo producto a lo largo del tiempo son suficiente compensación, sería posible apreciar en esta ley una expropiación sin indemnización y, por consiguiente, una vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad (art. 53.1, en relación con el art. 33 CE). Sin embargo, esos propietarios no podrán tutelar *por sí mismos* ese derecho. Podrían recurrir los actos administrativos destinados a desapoderarlos de los locales ante los tribunales contencioso-administrativos, pero en esa sede no podrán vencer al legislador, ya que los jueces no podrían inaplicar la ley (arts. 117.1 y 163 CE). Los recurrentes solamente podrían *solicitar* al juez que plantease la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163), una decisión que es irrevisable por el Tribunal Constitucional, según doctrina reiterada⁴². Por lo tanto, si los tribunales de justicia no plantean la cuestión de inconstitucionalidad solicitada, los recurrentes no podrían acceder al Tribunal Constitucional, ni para solicitar esa revisión (alegando una vulneración de su derecho a una motivación razonable del art. 24, por ejemplo), ni para tutelar un derecho como el de propiedad que no tiene acceso al recurso de amparo (art. 53.2). En cambio, si una ley de Cortes prohibiese, no el tabaco, sino las revistas pornográficas, las empresas editoras de esas revistas sí podrían por la misma vía indirecta (es decir, impugnando actos concretos de cierre o secuestro de publicaciones) conseguir la declaración de inconstitucionalidad de

aludiremos que, mediante recursos de amparo interpuestos por particulares en defensa de su derecho de sufragio termina enjuiciando la constitucionalidad de medidas colectivas aprobadas por el parlamento alemán fundamentalmente vinculadas al proceso de integración europeo, como la firma de tratados o el programas de compra de deuda pública de los Estados por el Banco Central Europeo.

⁴² Por todas, STC (Pleno) 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 3: «el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 de la LOTC como cauce procesal para resolver las dudas que él mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una Ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar, habiendo declarado este Tribunal en numerosas ocasiones que el hecho de que el órgano judicial no haya considerado conveniente formular cuestión de inconstitucionalidad no da base a un recurso de amparo».

esa ley, tanto en la vía preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios, como en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando sus derechos fundamentales (en sentido fuerte) a la libertad de expresión y artística [art. 20.1, a) y b), CE] a través de la vía del art. 53.2. Todo ello, debe advertirse, es independiente de que existan o no razones suficientes de fondo para declarar la inconstitucionalidad de la ley expropiatoria. Lo relevante a nuestros efectos es que en este segundo caso *la sola diligencia y voluntad impugnatoria* de los particulares titulares del derecho permite enjuiciar y eventualmente vencer al legislador en juico, a diferencia de lo que sucede en los casos en que un particular siente vulnerado su derecho de propiedad u otros derechos no fuertes⁴³.

A pesar de que la Constitución brinda apoyo a esta distinción entre derechos de libertad (en el sentido expuesto) y otros derechos sociales o de prestación, el Tribunal Constitucional ha omitido cualquier referencia a ella a la hora de articular el canon común a ambos de intangibilidad por el legislador de su «contenido esencial», que se predica de todos los derechos del Cap. II (art. 53.1 CE). En los recursos de inconstitucionalidad contra leyes ha acudido desde sus primeras resoluciones a dos criterios en exceso teóricos como son la «recognoscibilidad del tipo abstracto en la regulación concreta» y la protección real y efectiva de los «intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho» (STC 11/1981 de 8 de abril, FJ 8).

En cambio, sí ha reconocido implícitamente la diferente naturaleza de unos y otros derechos al aplicar solamente a los primeros, y no a los segundos, el test de proporcionalidad (un test que, a diferencia

⁴³ El cambio de configuración del recurso de amparo producido tras la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modificó la LOTC, que exige para su admisión que el recurso tenga «especial trascendencia constitucional» [arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC] no altera esta conclusión. Por un lado, la apreciación de este requisito sigue siendo una potestad «reglada» del Tribunal Constitucional, no discrecional (véase BELADÍEZ ROJO, Margarita, «El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional», en VV.AA, *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales. XXII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 13-98, págs. 25-27). Y, por otro, uno de los motivos de «especial trascendencia constitucional» que impone la admisión del recurso, es, precisamente, que «la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general» [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 c)]. Así pues, si una ley es, por sí misma, contraria a uno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo, un solo recurrente —su titular como «último hombre en pie»— puede acceder al Tribunal Constitucional y vencer al legislador, cosa que no sucede con los titulares de derechos y expectativas económicas, que no tienen acceso directo al recurso de amparo constitucional, aunque la ley vulnere abiertamente esos derechos.

del «contenido esencial», no está previsto en la Constitución). En la STC (Pleno) 112/2021, de 13 de mayo, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por una minoría parlamentaria contra la ley murciana de protección del Mar Menor por vulnerar los derechos de propiedad (art. 33 CE) y libre empresa (art. 38) de los agricultores perjudicados por ella, dijo el Tribunal:

«[E]l principio de proporcionalidad ha sido también [quiere decir, además de en recursos de amparo] aplicado en procesos de control de constitucionalidad de las leyes (...) Sin embargo, como recuerda la [STC 172/2020, FJ 4] se trata de un principio que es ‘en el ámbito de los derechos fundamentales en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable’» (FJ 6).

De acuerdo con ello, la citada STC 112/2021 aplica a la ley enjuiciada un canon de razonabilidad, no de proporcionalidad (FJ 8):

«[las normas enjuiciadas contienen] medidas idóneas en abstracto, o ‘constitucionalmente adecuadas’, para alcanzar el objetivo perseguido: la defensa y restauración del medio ambiente. Más allá de lo anterior, el posible perfeccionamiento de esas limitaciones [medioambientales] o la existencia de alternativas que se adapten mejor a los demás intereses implicados (económicos o de otro tipo) es tarea que corresponde primordialmente al legislador democrático, como una legítima opción política de la que responder ante los ciudadanos en elecciones, y no a la jurisdicción constitucional, que debe limitarse a enjuiciar desde parámetros normativos si la concreta opción política ejercida por el órgano legitimado para ello desborda o no los límites de lo constitucionalmente admisible».

Como ha reconocido en otra ocasión, el Tribunal Constitucional no está «orgánicamente concebido» para efectuar este tipo de valoraciones «políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas» (STC Pleno 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11). La razón es que no responde ante los ciudadanos de ellas. Como venimos sosteniendo, en una democracia, salvo que las decisiones colectivas penetren en el último reducto garantizado por los derechos de primera generación (libertad religiosa, libre expresión de las opiniones, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, garantías frente a la detención y enjuiciamiento, etcétera), la falta de responsabilidad y rendición de cuentas de los jueces ante los ciudadanos, también de los jueces constitucionales, obliga a estos aplicar un canon más deferente, de mera razonabilidad, incluso aunque las leyes aprobadas por los parlamentos limiten derechos, o mejor, perjudiquen intereses, expectativas y posibilidades económicas de los ciudadanos.

Ha de ser así porque, con carácter general, solo al legislador corresponde transferir riqueza de unos grupos sociales a otros, subien-

do o bajando impuestos o regulando las actividades económicas (por ejemplo, la agricultura en las inmediaciones del Mar Menor). Cuando esto sucede, unos grupos sociales ganan (por ejemplo, los que valoran el medio ambiente) y otros pierden (por ejemplo, los agricultores del Mar Menor). Y lo mismo puede predicarse de los empresarios y los trabajadores cuando se abarata o encarece el despido, o de los ciudadanos cuando se reduce la cartera del servicio público de salud, o, en general, ante cualquier decisión colectiva en la que no todos los intereses pueden ser satisfechos y algunos deben ser sacrificados (por ejemplo, el cierre al tráfico el centro de las ciudades o la prohibición de fumar en locales cerrados). Cuando así sucede, solo la política, es decir, las mayorías sociales por definición cambiantes y ajustables pueden legitimar este desequilibrio, no los tribunales.

III. LA LIMITACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

A. Estados Unidos

Como ya hemos dicho, el canon de la razonabilidad no es la única técnica empleada para limitar el gobierno del «último hombre en pie». También se emplea con el mismo propósito y fundamento la restricción de la legitimación para cuestionar la constitucionalidad de las leyes.

En Estados Unidos, donde el control de constitucionalidad de las leyes es difuso y por tanto, a diferencia de lo que sucede en los sistemas concentrados como el español, cualquier perjudicado por una ley puede, invocando un derecho individual, conseguir su declaración de inconstitucionalidad e inaplicación, que en la práctica significa tanto como su anulación, se había producido tras el Tribunal Burger (1969-1986) una amplísima extensión del requisito de la legitimación tal como la había entendido la sentencia *Marbury v. Madison* en 1803, que dijo que:

«la competencia del Tribunal es exclusivamente decidir sobre los derechos de los individuos, y no cuestionar cómo el ejecutivo o sus funcionarios desempeñan sus funciones discrecionales»⁴⁴.

Con el paso del tiempo, la legitimación se había ido ampliando progresivamente hasta reconocer, por ejemplo, que los productores de leche podían cuestionar si una orden del departamento de agricultura

⁴⁴ 5 U.S. 137, 169-170 (1803).

había ido «más allá de los poderes conferidos» por el Congreso⁴⁵, o un contribuyente cuestionar el destino de fondos federales para sufragar escuelas religiosas⁴⁶, o un grupo de estudiantes cuestionar la decisión de la *Interstate Commerce Commission* de no suspender una elevación de las tarifas del transporte de materiales por ferrocarril que, sostenían aquellos, desincentivaría el uso de materiales reciclados perjudicando con ello el medio ambiente y el uso que los recurrentes hacían del mismo⁴⁷. Todas ellas decisiones claramente políticas que apenas afectaban individualmente a los recurrentes.

En un famoso artículo de 1983 el entonces juez de distrito Antonin Scalia, que luego fue un influyente juez del Tribunal Supremo, criticó severamente estas decisiones. Consideró que la cuestión de la legitimación para recurrir («*standing*») estaba íntimamente relacionada con la doctrina de la separación de poderes, que reserva a los jueces la función exclusiva y excluyente de resolver «casos» y «controversias» reales (art. III.2 de la Constitución federal de 1787). Bajo esta perspectiva, sostuvo el juez Scalia:

«Existe una relación funcional [entre la legitimación y la separación de poderes] que puede ser explicada diciendo que el requisito de la legitimación restringe a los tribunales a su tradicional papel antidemocrático de proteger a las personas y minorías contra las imposiciones de la mayoría, y las excluye del papel aún más antidemocrático de prescribir cómo los otros dos poderes deben ejercitar sus funciones para servir a los intereses de la propia mayoría»⁴⁸.

Por esta razón, defendió que un particular solamente pudiera cuestionar ante los tribunales una ley si era «destinatario directo» de un mandato o prohibición, pero no cuando el incumplimiento de la ley le afectase como a cualquier otra persona:

«Tal incumplimiento perjudica al demandante porque le priva, como ciudadano, de una actuación gubernamental que exigen la Constitución y las leyes. Pero ese daño por sí solo es, por así decirlo, mayoritario. Es posible que al demandante le importe más; puede ser un defensor más ardiente de la regularidad constitucional o de la necesidad del acto gubernamental que injustamente ha sido omitido. Pero eso no significa que haya sido perjudicado de forma distintiva, sino solamente que valora el daño como más grave, lo cual es un tema propio para el debate democrático en el que pueda persuadirnos al resto de nosotros. Como nuestra disposición a ser persuadidos no es

⁴⁵ *Stark v. Wickard*, 321 U.S. 288 (1944).

⁴⁶ *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968).

⁴⁷ *United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures*, 412 U.S. 669 (1973).

⁴⁸ SCALIA, Antonin, *op. cit.*, pág. 894.

menor que la suya propia (somos al menos igualmente perjudicados) no hay razón para extraer el asunto del proceso político y situarlo en los tribunales»⁴⁹.

El impacto de las doctrinas de Scalia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en su reinterpretación restrictiva de la legitimación ha sido ampliamente reconocido en su país⁵⁰. Pocos años después de ser nombrado juez del Tribunal Supremo en 1986, el juez Scalia tuvo ocasión de aplicar la interpretación de la Constitución efectuada en el artículo citado como ponente de la sentencia *Lujan v. Defenders of Wildlife*⁵¹, donde el Tribunal Supremo, revocando la sentencia del tribunal inferior apelada, negó a un grupo de asociaciones ecologistas legitimación (*standing*) para recurrir un reglamento relativo a las especies amenazadas por no haber acreditado (i) una lesión cierta e inminente de un derecho o interés legalmente protegido (ii) que esté causalmente conectada con la acción de los poderes públicos recurrida (iii) y que pueda ser además corregida mediante la resolución sobre el fondo del tribunal⁵².

Lo relevante, además de la decisión del caso particular, es que al derivar esa doctrina del principio de separación de poderes la *ratio* de la sentencia impide que una ley del Congreso pueda extender la legitimación más allá de las condiciones señaladas, pues ello interferiría en la función constitucional reservada al Presidente de «cuidar de que las leyes se ejecuten puntualmente» (art. II.3 de la Constitución norteamericana)⁵³. En otras palabras, según el Tribunal Supremo americano, en Estados Unidos es inconstitucional establecer una ac-

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R., «What's Standing after Lujan--of Citizen Suits, Injuries, and Article III», *Michigan Law Review*, vol. 91, n° 2, 1992, págs. 163-236; NICHOL, Gene R., «Justice Scalia, Standing, and Public Law Litigation», *Duke Law Journal*, vol. 42, n° 6, 1993, págs. 1141-1169; GANS, David H., «How Scalia made it difficult to bring cases to Court», *The Atlantic*, 1 de agosto de 2016.

⁵¹ 504 U.S. 555 (1992).

⁵² La doctrina *Lujan* sigue plenamente vigente. Se ha aplicado, por ejemplo, en las recientes sentencias que han negado que los perjudicados por la decisión del gobierno federal de cancelar ciertos préstamos universitarios pudieran recurrir esta condonación (*Department of Education v. Brown*, 600 U.S. ____ (2023)), o que asociaciones de médicos y médicos pro-vida pudieran recurrir la decisión de la agencia federal competente de aprobar el uso de un medicamento abortivo (*FDA v. Alliance for Hippocratic Medicine* (602 U.S. ____ (2024))).

⁵³ «Permitir al Congreso transformar el interés público indiferenciado en el cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios ejecutivos en un «derecho individual» reivindicable en los tribunales es permitir al Congreso transferir del Presidente a los tribunales el deber constitucional más importante del Jefe del Ejecutivo: cuidar de que las leyes sean fielmente ejecutadas (art. II.3 de la Constitución)» (*Lujan*, 504 U.S. 555, 557 (1992)).

ción pública como la que existe en España en materia de urbanismo y que, en principio, el legislador es libre de extender a cualquier otro sector según el art. 19.1 h) LJCA⁵⁴.

Este problema, aunque pueda sorprender y parecer propio de otros sistemas y continentes, es en realidad común a todas las sociedades en cuanto plantea la relación entre política y derecho. Y en particular, también se ha planteado en la historia constitucional de nuestro país.

B. España

La Constitución española de 1931 al regular (asistemáticamente, sin individualizar procedimientos concretos) la legitimación para recurrir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) incluyó junto al Gobierno de la República, las Regiones, el Ministerio Fiscal y los jueces y tribunales mediante la cuestión de inconstitucionalidad, a «toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada» (art. 123.5^a). Con esta expresión, la Constitución parecía reconocer la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes a disposición de cualquier particular. No obstante, esta posibilidad fue luego revertida al aprobarse la Ley del TGC de 1933, que solamente permitió interponer recurso de inconstitucionalidad, además de los órganos políticos citados en la Constitución, a los «particulares interesados» a modo de «excepción de inconstitucionalidad» planteada en un proceso judicial, es decir, una vía análoga a la actual cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE. Aun así, resulta de interés leer la defensa por el diputado Balbontín de la enmienda que provocó el reconocimiento constitucional de la acción pública en materia de inconstitucionalidad de las leyes, porque la vincula a la democracia directa («pura»), contrapunto absoluto de la democracia indirecta, parlamentaria o representativa:

«Estoy convencido de que en el régimen republicano, lo mismo que en el régimen monárquico habrá leyes anticonstitucionales, disposiciones anticonstitucionales, actos anticonstitucionales; por eso veo yo la necesidad imperiosa de ampliar todo lo posible las garantías de los ciudadanos contra esa probable anticonstitucionalidad de las leyes (...) Hay varias razones fundamentales en apoyo de esta enmienda, razones fundamentales desde el punto de vista de la democracia pura que es la que yo he defendido siempre como he podido y seguiré defendiendo en adelante, entre ellas la siguiente: *una ley anticonstitu-*

⁵⁴ Según este artículo «están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo... cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes».

cional agravia a todos los ciudadanos, no solo a las personas individuales a quienes vulnera en sus intereses materiales. Estamos en un caso parecido al del delito, contra el cual tiene, no ya derecho, sino el deber de reaccionar todo ciudadano... Otra razón. La persona directamente agraviada es la más inhabilitada para defenderse»⁵⁵.

La posibilidad de activar este control de constitucionalidad de las leyes a instancia de particulares también fue objeto de discusión en la elaboración de la Constitución de 1978. En concreto, se valoró la posibilidad de incluir en la Constitución la legitimación de grupos de ciudadanos (diez mil o veinticinco mil) para recurrir leyes ante el Tribunal Constitucional con el fin de superar el «vacío» que —según los proponentes de la enmienda— generaba que los legitimados conforme al proyecto estuviesen normalmente «implicados en la mayoría política que hizo posible la norma que se trata de recurrir», y el número «excesivo» de diputados o senadores (entonces 50 y 25, respectivamente) igualmente legitimados para hacerlo. La enmienda fue sin embargo rechazada por la «extrema inseguridad jurídica» que generaría, así como por la posibilidad de llegar a un «gobierno de los jueces». Merece la pena reproducir la intervención del diputado Cisneros Laborda por el grupo parlamentario UCD, para defender su voto en contra:

«Sin pretender, porque entiendo que no es éste el momento, reabrir en todo su alcance el debate al que asistimos con ocasión de la discusión del artículo 80 acerca de las eventuales ventajas e inconvenientes de la democracia representativa sobre otras formas de acción directa o que aseguren una vía más expedita, como este sí o no popular, nosotros, el Grupo de Unión de Centro Democrático no vamos a votar la propuesta de don Licinio de la Fuente... sin entrar en la cuestión dogmática de si la apertura o el reconocimiento de ese recurso formulado en la enmienda del señor De la Fuente *daría o no lugar a la constitución de una auténtica tercera Cámara, o de si sería una vía de llegar a alcanzar una suerte de gobierno de los Jueces*, lo que sí vemos con preocupación es que esta posibilidad de interponer recurso, aun con 25.000 firmas o con una cifra más prudente, en todo caso, viniese a determinar el riesgo de una esterilización de las funciones del Tribunal Constitucional por la acumulación de la interposición de recursos ante el mismo por un número de ciudadanos cuya movilización, incluso de forma sistemática y permanente ante él, podría estar al alcance de cualquier formación extraparlamentaria o de escasa proyección popular... Si esa iniciativa está en condiciones de movilizar un número significativo de firmas o de voluntades para interponer el recurso, en mejores condiciones lo estaría para movilizar la voluntad de un grupo prudente de cincuenta Diputados y -si se acepta una enmienda «in

⁵⁵ Diario de Sesiones del Congreso, núm. 82, 27 de noviembre de 1931 (pág. 2721), énfasis añadido.

voce» que está en circulación- otros cincuenta Senadores que lo interpusieran en su nombre»⁵⁶.

Efectivamente, nos parece que el argumento para rechazar la acción popular en el recurso de inconstitucionalidad no es tanto técnico («inseguridad jurídica») como político: no dejar el proceso político entero a merced de minorías insignificantes, o incluso del «último hombre en pie» (*last-man standing*). De ahí que la analogía con la acción pública en materia penal defendidas por el diputado Balbontín en 1931 o por varios autores en la actualidad⁵⁷ resulte a nuestro juicio inapropiada: una acusación, e incluso una condena penal, no ponen en cuestión los acuerdos alcanzados por mayorías democráticas para conciliar derechos e intereses contrapuestos y organizar la vida en común, ni la existencia misma del proceso político para la toma de decisiones. La amenaza potencial de activar el control de constitucionalidad a instancia de cualquier ciudadano, y desde luego la actualización de ese riesgo mediante la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sí producen ese efecto.

Por esta razón, el profesor Rubio Llorente criticó la interpretación «alambicada, audaz y heterodoxa» del art. 38.1 de la Ley Fundamental efectuada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en varias sentencias dictadas en recursos de amparo (en terminología española) que en realidad terminaban enjuiciando la constitucionalidad de decisiones colectivas que no afectaban a los recurrentes de una manera diferente o más directa que a cualquier otro ciudadano⁵⁸, como la firma de los tratados de Maastricht y Lisboa⁵⁹, o más recientemente los programas de compra de deuda pública aprobados por el Banco Central Europeo en 2012 (*Outright Monetary Transactions*, OMT) y 2015 (*Public Sector Purchase Programme*, PSPP)⁶⁰.

En estas sentencias, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha entendido que el art. 38.1 LFB, equivalente a nuestro art. 68.1 CE («los diputados del *Bundestag* Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto») no garantiza solamente la

⁵⁶ Diario de Sesiones del Congreso, núm. 92, 19 de junio de 1978 (pág. 3450), énfasis añadido

⁵⁷ ALMAGRO NOSETE, José, «La acción popular ante el Tribunal de Garantías Constitucionales: valoración crítica», *Revista de Derecho Político*, nº 12 (1981-1982), págs. 65-84 (págs. 75, 82); y FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011 (págs. 105, 110).

⁵⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco, «No es el Bundesbank, son los jueces», *El País*, 26 de junio de 2013.

⁵⁹ Sentencia de 30 de junio de 2009 (2 BvE 2/08)

⁶⁰ Sentencias de 21 de junio de 2016 (2 BvR 2728/13) y 20 de mayo de 2020 (2 BvR 859/15), respectivamente.

legitimidad democrática formal del poder federal, sino que tiene también un contenido sustantivo que protege la sustancia del derecho de voto en el sentido de que cualquier acto de poder público ejercido en Alemania debe poder ser rastreado hasta sus ciudadanos y de este modo imputado a ellos. Queda prohibido, por ello, un vaciamiento sustancial de las competencias del *Bundestag* que provoque que los ciudadanos queden sujetos a un poder que no controlan y en el cual no pueden influir (sentencia PSPP, apartados 99 y 103). De la conjunción de ese artículo con los arts. 20 (principio democrático y de soberanía nacional) y 79.3 (la llamada «cláusula de eternidad» que protege el anterior) deriva a su vez el «derecho» de los votantes frente al Gobierno federal, *Bundestag* y en su caso *Bundesrat* a que éstos controlen que las instituciones comunitarias se mantengan dentro de las atribuciones conferidas (sentencia PSPP, apartado 105). Y este es, en concreto, el derecho que a la postre el Tribunal considera vulnerado en esta sentencia en la que estima el recurso de amparo interpuesto por unos dos mil particulares contra la omisión por el parlamento y gobierno federal de los actos necesarios para evitar la activación del programa de compra de deuda pública.

No es difícil compartir políticamente el fondo de la argumentación del Tribunal Constitucional Federal alemán. El déficit democrático de la Unión Europea está ampliamente estudiado⁶¹. Pero ello no debe impedir afirmar el carácter igualmente antidemocrático de que un «último hombre en pie» y un tribunal no responsable ante el electorado puedan erigirse en controladores de decisiones colectivas tomadas en instituciones democráticas y políticamente responsables como el parlamento y el gobierno federales, sustituyendo de este modo el papel de la mayoría y evitando la tarea mucho más exigente y engorrosa de persuadirla. En realidad, son estas mismas mayorías las que de modo directo, cuando lo han considerado conveniente, han paralizado o rectificado el proceso de integración europea, como sucedió con los referéndums francés y holandés a la llamada «Constitución europea» en 2005 o con el referéndum del Brexit en 2016.

⁶¹ Un resumen en español puede encontrarse en ARREGUI MORENO, Javier, «Problemas de legitimidad democrática, representación y rendimiento de cuentas en el proceso político de la unión europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 46, 2012, págs. 85-112. En inglés, considero que la exposición definitiva de este déficit democrático se encuentra en FOLLESDAL, Andreas, y HIX, Simon, «Why is There a Democratic Deficit in the EU? A Response to Majone and Moravcsik», *Journal of Common Market Studies*, vol. 44, n°. 3, 2006, págs. 533-562.

IV. CONCLUSIONES

El reconocimiento de legitimación procesal individual frente al legislador, y no la proclamación formal de su carácter «vinculante», es la nota distintiva que permite singularizar los «derechos fundamentales» frente a cualquier otra norma constitucional dotada de idéntica resistencia a las leyes (cfr. arts. 9.1 y 53.1). La proclamación en la Constitución del carácter «vinculante» para el legislador de ciertos «derechos» puede no ser más que una enfática reiteración del rango supralegal de una norma constitucional si no se acompaña de un mecanismo de «tutela» que permita a su titular hacer valer esos derechos frente al legislador. Solo impropiamente puede sostenerse que los órganos legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad conforme al art. 162.1 a) CE, cuando lo hacen, «tutelan» los derechos y libertades de los ciudadanos, como afirma el art. 53.1 CE. Por un lado, nada les obliga a interponer recurso de inconstitucionalidad contra una ley vulneradora de tales derechos y libertades, y, por otro, una vez interpuesto, nada les impide desistir del mismo, dejando así desamparados a sus titulares⁶².

En democracia, esta tutela judicial del «último hombre en pie» frente al legislador debe limitarse, en principio, a los derechos de libertad de primera generación, por su carácter autosuficiente e inocuo o inofensivo, y no extenderse a otros derechos cuyo reconocimiento judicial pueda condicionar decisiones colectivas redistributivas. Solamente de este modo habrá verdadero gobierno de la mayoría, y no tiranía de la minoría⁶³.

Este principio teórico es, precisamente, el criterio que inspira la parte dogmática de la Constitución española de 1978 y sus distintos grados de eficacia señalados en el art. 53. Y también la expresión del art. 10.1 según la cual «el respeto... a los derechos de los demás [es]

⁶² Por ejemplo, AATC 108/2022, de 30 de junio, y 70/2022, de 27 de abril, aceptando el desistimiento del Presidente del Gobierno en sendos recursos de inconstitucionalidad.

⁶³ En contra, URÍAS (*op. cit.*), que trata el tema de la tutela judicial de los particulares frente al legislador considerando que la Constitución la impone para «todos los derechos e intereses legítimos» del art. 24.1 CE (pág. 28). Desde esta premisa, el autor se preocupa especialmente de si los mecanismos de «tutela» existentes en derecho español (cuestión de inconstitucionalidad, recurso de amparo y conflicto negativo de competencia) colman esa exigencia (págs. 138 y ss), y en particular de la problemática de las leyes singulares autoaplicativas (págs. 102 y ss). Nuestra perspectiva y conclusión son totalmente diferentes: nos centramos en el contenido de la ley, no en su rango, y negamos que fuera de los derechos del art. 53.2 la Constitución imponga esa tutela general frente a la ley (hipotéticamente) inconstitucional.

fundamento del orden político y de la paz social». Si no hay incidencia en los derechos de los demás, el respeto a «la dignidad de persona [y] los derechos inviolables que le son inherentes» debe ser máximo, incluso contra el legislador.

Existe, en definitiva, una diferencia de clase o categoría, y no simplemente de grado, entre los derechos de la sección 1ª del Capítulo II (arts. 15 a 29) y los de la sección 2ª (arts. 30 a 38). Los primeros son derechos que su titular puede ejercer «sin que ninguna clase de ciudadanos pierda lo que ganan otros», en la citada expresión de Boutmy, o sin afectar «a los derechos de los demás», en palabras del art. 10.1 CE. Por el contrario, un pleno reconocimiento de los segundos puede condicionar o impedir decisiones redistributivas que en un «Estado social y democrático» (art. 1.1 CE) debe tomar el parlamento sometido a reelección periódica como único órgano que puede compaginar los diferentes intereses implicados en la organización de la vida en común.

La diferente naturaleza de estos dos grupos de derechos es la que explica que solo se reconozca al titular de los primeros la posibilidad de vencer al legislador en juicio, en el art. 53.2 CE. Una posibilidad de la que carecen los titulares de los segundos. Y esta diferente naturaleza explica también los diferentes criterios que emplea el Tribunal Constitucional cuando examina en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad la vulneración de unos derechos u otros por el legislador (proporcionalidad *versus* razonabilidad).

Al no hacer explícito este fundamento, el Tribunal Constitucional está generando una indeseable confusión en los operadores jurídicos. Por ejemplo, esta aparente indiferenciación ha provocado que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo haya planteado cuestiones de inconstitucionalidad en recursos promovidos por empresas que ponían en cuestión regulaciones económicas contenidas en leyes proponiendo la aplicación a estas leyes del principio de proporcionalidad en tres pasos para evaluar estas medidas como injerencias en los derechos de propiedad y libre empresa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha desestimado luego estas cuestiones sin aplicar este principio, aunque sin explicar por qué⁶⁴. En otras ocasio-

⁶⁴ Me refiero a los casos de la STC (Pleno) 7/2023, de 21 de febrero, sobre el precepto legal que regula la compensación económica que deben abonar los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica para acceder a los estadios y recintos a fin de retransmitir en directo acontecimientos deportivos, y de la STC (Pleno) 35/2016, de 3 de marzo, sobre la ley que obliga a ciertos operadores de televisión a destinar un porcentaje de sus ingresos a la producción cinematográfica europea.

nes el Tribunal Constitucional ha contribuido de forma activa a esta confusión, como sucedió paradigmáticamente en el caso de la STC (Pleno) 112/2006, de 5 de abril, sobre la ley que obligaba a emitir en abierto el partido de interés general señalado por el Gobierno, donde consideró aplicable el principio de proporcionalidad como alternativa menos restrictiva para las limitaciones a la libertad de empresa del art. 38 CE (FJ 8 *in fine*), y sin embargo terminó aplicando materialmente el canon más deferente de la razonabilidad o adecuación (FJ 9).

Es urgente poner fin a esta falta de claridad. Para ello, es esencial tomar conciencia de los problemas que genera la legitimación procesal del «último hombre en pie» frente el legislador democrático, y la necesidad de restringir esta legitimación a la defensa de sus derechos de libertad del art. 53.2 CE. La confusión imperante en la doctrina constitucional trae causa de la voluntad de medir por el mismo rasoero —llámese «contenido esencial» o «proporcionalidad»— a todos los derechos del Capítulo II del Título I CE, a pesar de su diferente naturaleza. Como no es posible aplicar idéntico canon a derechos tan dispares como los de la sección 1ª y los de la sección 2ª de este Capítulo, debería añadirse a los dos criterios sobre el «contenido esencial» ya señalados por la STC 11/1981 otro sobre el impacto del derecho examinado en «los derechos de los demás» (art. 10.1), o en general sobre decisiones colectivas y redistributivas que en democracia corresponde tomar al parlamento, y no a los jueces.

Además, es igualmente necesario tomar conciencia de esta esencial diferencia y de la necesidad de evitar el gobierno del «último hombre en pie» en el examen de la legitimación para recurrir por parte de los tribunales. El dogma del principio *pro actione* debe ser revisado. La admisión de la legitimación no implica necesariamente una mejor decisión de la cuestión suscitada. Puede suponer transformar un debate político en una cuestión jurídica, modificando con ello el árbitro y los criterios para decidir. Un riesgo que los tribunales no suelen valorar en el examen de este requisito procesal (p. ej., STC Sala 2ª 89/2020, de 20 de julio; o STS, Sala 3ª, de 30 de noviembre de 2023, rec. 918/2022).

V. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce A., «Beyond 'Carolene Products'», *Harvard Law Review*, vol. 98, n° 4, 1985, págs. 713-746.

ALMAGRO NOSETE, José, «La acción popular ante el Tribunal de Garantías Constitucionales: valoración crítica», *Revista de Derecho Político*, n° 12, 1981-1982, págs. 65-84.

- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017 (1978).
- ARREGUI MORENO, Javier, «Problemas de legitimidad democrática, representación y rendimiento de cuentas en el proceso político de la unión europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 46, 2012, págs. 85-112.
- BAQUERO CRUZ, Julio, *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- BELADÍEZ ROJO, Margarita, «El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional», en VV.AA., *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales. XXII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 13-98.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed, 1986, Yale University Press.
- BOUTMY, Emile, «La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek», en GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI (ed.), *Orígenes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, G. Jellinek, E. Boutmy, E. Doumerge y A. Posada, Ed. Nacional, Madrid, 1984 (1902).
- CORWIN, Edward S., «The Passing of Dual Federalism», *Virginia Law Review*, vol. 36, nº 1, 1950, págs. 1-24.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989, págs. 35-62.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2008.
- DWORKIN, Ronald, «Rights as Trumps», en WALDRON, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, págs. 153-168.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

- FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- FOLLESDAL, Andreas, y HIX, Simon, «Why is There a Democratic Deficit in the EU? A Response to Majone and Moravcsik», *Journal of Common Market Studies*, vol. 44, n.º 3, 2006, págs. 533-562.
- GANS, David H, «How Scalia made it difficult to bring cases to Court», *The Atlantic*, 1 de agosto de 2016 (<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/08/scalia-access-to-courts/493592/>).
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, «La Constitución como norma jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, n.º 2-3, 1979, págs. 291-342.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, págs. 159-208.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1974.
- GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, «Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, vol. 15, n.º 2, 2014, págs. 183-201.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- KELSEN, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, 2006 (1920).
- LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Tecnos, Madrid, 2010 (1921).
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 2000 (1689).
- NICHOL, Gene R. «Justice Scalia, Standing, and Public Law Litigation», *Duke Law Journal*, vol. 42, n.º 6, 1993, págs. 1141-1169.
- OLIVER ARAUJO, Joan, «La cuestión religiosa en la Constitución de 1931: una nueva reflexión sobre un tema clásico», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 81, 1993, págs. 175-183.
- PAINE, Thomas, *Derechos del hombre. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 2008 (1791).

- PIZZORUSSO, Alessandro, «Las generaciones de derechos», *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 2002, págs. 493-514.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, «No es el Bundesbank, son los jueces», *El País*, 26 de junio de 2013 (https://elpais.com/elpais/2013/06/21/opinion/1371826224_271756.html).
- SAUTER, Wolf, «The Economic Constitution of the European Union», *Columbia Journal of European Law*, vol. 4, 1998, págs. 27-68.
- SCALIA, Antonin, «The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers», *Suffolk University Law Review*, vol. 17, 1983, págs. 881-899.
- SCHARPF, Fritz, *Gobernar en Europa, ¿eficaz y democráticamente?*, Alianza, Madrid, 2000.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983 (1931).
- SUMPTION, Jonathan, *Juicios de Estado: la ley y la decadencia de la política*, Antoni Bosch, ed., Barcelona, 2019.
- SUNSTEIN, Cass R., «What's Standing after Lujan--of Citizen Suits, Injuries, and Article III», *Michigan Law Review*, vol. 91, nº 2, 1992, págs. 163-236.
- TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, vol. 1, 3ª ed, New York, Foundation Press, 2000.
- URÍAS, Joaquín, *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- VAN DER SLOOT, Bart, «Between fact and fiction Child and Family Law: An analysis of the case law on article 12 ECHR», *Child and Family Law Quarterly*, nº 4, 2014, págs. 397-420.
- WECHSLER, Herbert, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 73, nº 1, 1959, págs. 1-35.

LOS OSCUROS ORÍGENES DE LA POLICÍA EN ESPAÑA. LOS ÚLTIMOS DÍAS DEL ABSOLUTISMO

THE DARK ORIGINS OF THE POLICE IN SPAIN.
THE LAST DAYS OF ABSOLUTISM

DIEGO HINOJAL AGUADO

Investigador en formación en la Escuela Internacional de Doctorado
de la UNED, Programa de Doctorado en Unión Europea.

Sumario: *Introducción. I. Los nuevos retos de seguridad pública en la crisis del Estado absoluto. II. Una Policía para todo el Reino. III. ¿Sustitución de la Inquisición por la Policía General del Reino? IV. Conclusiones. V. Fuentes Archivísticas y Bibliográficas.*

Resumen: El llamado motín de Esquilache en 1766 precipitó la reforma del sistema policial urbano en la España de Carlos III. Sin embargo, fue en el reinado de Fernando VII, en 1824, cuando tuvo lugar la creación de la Policía General del Reino para todo el Estado, institución que terminó siendo un instrumento más de control político del absolutismo fernandino. Las nuevas instituciones como la Policía, creadas para la erradicación del liberalismo, sustituyeron a la Inquisición por su inoperancia frente a las actividades conspirativas. Desde la restauración absoluta del monarca en octubre de 1823, advertimos ese traspaso de competencias a favor de la Policía en la legislación destinada a la represión del liberalismo. Por dicho motivo, Fernando VII no decidió restituir una institución tan denostada en Europa, a pesar de las presiones del sector apostólico del absolutismo. En consecuencia, tanto liberales como *ultrarrealistas* consideraron a la nueva policía como una sustituta de la Inquisición, siendo una de las causas, entre las que se encuentran los *usos policiales* y el

fomento de la delación para atrapar a los liberales, que han motivado esa visión tan negativa que nos ha llegado hasta del día de hoy.

Palabras clave: Superintendencia General de Policía, Fernando VII, orden público, represión.

Abstract: The so-called Esquilache mutiny in 1766 hastened the reform of the urban police system in the Spain of Charles III. Nevertheless, it was in 1824 during the reign of Ferdinand VII when the creation of the General Police of the Kingdom statewide took place. An institution that ended up being another instrument of political control of *Fernandino* absolutism. New institutions such as the Police were created for the eradication of liberalism replacing the Inquisition due to its ineffectiveness against conspiratorial activities. Since the absolute restoration of the monarch in October 1823, we have noticed this transfer of competences in favor of the Police in the legislation intended for the repression of liberalism. For this reason, Fernando VII did not decide to restore an institution so reviled in Europe, despite the pressures from the *apostolic* sector of absolutism. Consequently, both liberals and *ultra-realists* considered the new police as a substitute for the Inquisition, being one of the causes among which are *police practices* and the fostering of denunciation to capture liberals that have motivated this vision so negative that it has reached us up to today.

Key words: General Superintendence of Police, Ferdinand VII, public order, repression.

INTRODUCCIÓN

Desde el siglo XVIII el crecimiento urbano venía demandando soluciones para la mejora de la seguridad, sobre todo en la ciudad de Madrid. En el reinado de Carlos III, posiblemente a raíz del llamado *motín de Esquilache*, se producen reformas del sistema policial ante la preocupación por el orden público de la ciudad, llegando hasta la creación de la Superintendencia General de Policía por Real Cédula de 17 de marzo de 1782. Sin embargo, la extensión del modelo de policía urbana a todo el territorio español se dará en el reinado de Fernando VII con la instauración de la Policía General del Reino por Real Cédula de 13 de enero de 1824.

Hablamos de oscuros orígenes en el título porque entre los motivos principales de Fernando VII para la creación de la Policía en 1824 estaba la represión del liberalismo, por la merma en su soberanía

sufrida durante la experiencia constitucional en el llamado Trienio Liberal. La Policía General del Reino sustituyó a la Inquisición en el control de sediciosos y sus escritos, formando listados de personas pertenecientes a las diversas *familias* constitucionales o que habían participado en hechos contrarios a la soberanía neta del monarca durante el Trienio Liberal, y participando activamente en documentar las depuraciones de los empleados del Reino y las causas contra liberales. Según Caro Baroja *desapareció la Inquisición, pero no el espíritu inquisitorial*¹.

Por todo lo expuesto, el presente trabajo comienza con las vicisitudes en seguridad pública ocurridas hasta la constitución de un cuerpo de policía para todo el Reino, proceso que explicaremos a continuación, para después exponer el relevo producido al asumir la Policía General del Reino las funciones inquisitoriales de control de las opiniones políticas contrarias al absolutismo fernandino.

Para ello, se han cruzado fuentes del Archivo Histórico Nacional (AHN), del Archivo General de Palacio (AGP) y del Archivo General Militar de Segovia (AGMS). Sin embargo, los datos policiales obtenidos tienen que ser tratados con cuidado porque han sido proporcionados por delatores, informadores o confidentes, muchas veces confeccionados para obtener recompensas. Lo mismo ocurre con los datos incluidos en memorias, la mayor parte de las cuales son justificativas o reivindicativas de la actuación del protagonista, y fueron realizadas en un periodo posterior, sobre todo en el nuevo orden político liberal.

I. LOS NUEVOS RETOS DE SEGURIDAD PÚBLICA EN LA CRISIS DEL ESTADO ABSOLUTO

En el siglo XVIII se experimenta una mutación sin precedentes en la sociedad marcada por el crecimiento de las ciudades, que dificulta el control de la población. Desde mitad de siglo se aprecia un cambio en la mentalidad, ligado sobre todo a medios urbanos, que provoca contestación a los poderes absolutos y que infunde preocupación en el *Trono y el Altar*, que se transformará en miedo con la explosión producida por la Revolución Francesa a finales de siglo y la muerte de Luis XVI.

¹ DUFOUR, Gerard, «¿Cuándo fue abolida la Inquisición en España?», *Cuadernos de Ilustración y Romanticismo*, N.º 13, 2005, págs. 93-107, afirmación de Caro Baroja contenida en la página 107; *Cfr.*, LA PARRA, Emilio y CASADO, María Ángeles, *La Inquisición en España. Agonía y abolición*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2013, págs. 177-182.

El discurso de la Iglesia recordaba continuamente a los monarcas el peligro revolucionario que encerraba el libre pensamiento que se iba extendiendo por Europa para sus cabezas². A la delincuencia común, robos, asesinatos, delitos de índole sexual, el fraude y el contrabando, los motines por crisis de subsistencias, etc., se unía una nueva forma de contestación al poder establecido de difusos límites en sus inicios. Esta delincuencia, denominada política, provocó por su gravedad un cambio en la percepción de la Corona, que modificó los medios para combatirla³.

Durante el reinado de Carlos III, el motín y los disturbios derivados de la protesta contra el marqués de Esquilache, en marzo de 1766 en Madrid, evidenciaron la necesidad de reforma del sistema policial de la capital. Pero las medidas que se tomaron a partir de entonces eran insuficientes si tenía lugar una explosión revolucionaria como la que ocurriría en Francia, a pesar de la creación de la *Superintendencia General de Policía*, los censos de extranjeros o la *Comisión Reservada*⁴.

Por Real Decreto de 17 de marzo de 1782, incluido en la Cédula de 30 de marzo⁵, se fundó la *Superintendencia General de Policía*, algo parecido a un tribunal de seguridad pública para la villa de Madrid, independiente tanto de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte como del Corregidor. Entre las motivaciones de su creación se encuentra el control de la población por el crecimiento de la ciudad, la movilidad de *concurrentes de dentro y fuera del Reyno, y las muchas providencias y reglas de Policía, a que han obligado las circunstancias*⁶. En enero de 1790 vio la luz la *Comisión Reservada*, servicio de información del espíritu público en el que unos escuchas policiales realizaban partes diarios sobre conversaciones en lugares o establecimientos públicos

² FERRER BENIMELI, José Antonio, *La Masonería Española en el Siglo XVIII*, Siglo XXI, Madrid, 1986; MORALES RUIZ, Juan José, «La represión de la Masonería durante el reinado de Fernando VII», en SEPÚLVEDA, Isidro y BULDAÍN, Blanca (Coords.), *La Iglesia Española en la Crisis del Antiguo Régimen*, UNED, Madrid, 2003, págs. 199-220.

³ MARTÍNEZ RUIZ, Enrique, «Policía, Delincuencia Política y Corrupción en Madrid a finales del siglo XVIII», *Madrid. Revista de arte, geografía e historia*, N.º 8, 2006, págs. 57-86.

⁴ *Ibidem*, págs. 59-62.

⁵ SÁNCHEZ, Santos, *Colección de Pragmáticas, Provisiones, Autos Acordados y otras Providencias Generales Expedidas por el Consejo Real en el Reynado del Señor Don Carlos III*, Imprenta de la Viuda e Hijo de Marín, Madrid, 1803, págs. 428-430.

⁶ MARTÍNEZ RUIZ, Enrique, *Policías y Proscritos. Estado, Militarismo y Seguridad en la España Borbónica (1700-1870)*, Editorial Actas, Madrid, 2014, págs. 76-89. Las medidas no se consolidaron por los graves problemas de competencias con la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, con el corregidor de la villa, e incluso con el juez de la Comisión de Vagos. Las instituciones tradicionales no permitieron recortes en sus parcelas de poder.

contra la Corona, el orden público, el gobierno, *las justicias*, etc., señalando a los autores o sus domicilios para su detención posterior⁷.

Sin embargo, el juego político frustró las nuevas experiencias antes de que cuajaran. En 1792 dejaron de existir tanto la Superintendencia General de Policía como la Comisión Reservada, rodeadas de sospechas de corrupción⁸. A la caída de del Secretario de Estado Floridablanca se unió la de sus creaciones. Por Real Cédula de 13 de junio de Carlos IV, se extinguía la Superintendencia General de Policía de Madrid⁹.

Lo mismo sucederá durante los últimos días del todopoderoso Manuel Godoy, cuando tras la Conjura del Escorial, por Real Decreto de 13 de diciembre de 1807, y seguramente por conveniencia política ante las críticas desatadas hacia su persona, restableció la Superintendencia General de Policía. Pero al igual que ocurrió con la caída de Floridablanca, tras el Motín de Aranjuez y el apresamiento de Godoy, uno de los primeros actos de gobierno del monarca Fernando VII fue su supresión por Real Orden de 30 de marzo de 1808¹⁰.

Durante la Guerra de la Independencia se experimentarán medidas policiales efímeras. Sin embargo, por la situación bélica, de los delitos más graves como los de sangre y los de infidencia o traición se encargarían comisiones militares designadas al efecto, tal y como ocurría en los territorios bajo dominio francés¹¹.

Con el fin de la guerra, y el retorno del rey Fernando VII en 1814 desde su encierro en Valençay, se pretendió volver al estado anterior y

⁷ *Ibidem*, págs. 89-106; PARÍS MARTÍN, Álvaro, «Mecanismos de Control Social en la Crisis del Antiguo Régimen: La Superintendencia General de Policía», en JIMÉNEZ Antonio y LOZANO, Julián (Eds.), *Actas de la XI Reunión Científica de la Fundación Española de Historia Moderna*, Universidad de Granada, Granada, 2012, vol. I, págs. 839-851; PARÍS MARTÍN, Álvaro, «La policía y el pueblo. Reflexiones sobre el control de la calle en Madrid durante la crisis del antiguo régimen (1780-1833)», en Jesús Agua de la Roza *et al.* (Eds.), *Veinticinco años después: Avances en la Historia Social y Económica de Madrid*, Ediciones Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2014, págs. 421-462.

⁸ MARTÍNEZ RUIZ, «Policía, Delincuencia Política y Corrupción», *op. cit.*, págs. 57-86.

⁹ SÁNCHEZ, *Colección de Pragmáticas, op. cit.*, págs. 231-233.

¹⁰ AHN, *Consejos*, Leg. 1398, Exp. 79. MARTÍNEZ RUIZ, Enrique, *La Seguridad Pública en el Madrid de la Ilustración*, Ministerio del Interior, Madrid, 1988, págs. 267-270.

¹¹ CARRUESCO MARTÍNEZ, Alejandro y VARAS CRUZADO, Fernando, «La justicia oscense durante el reinado de Fernando VII: alcaldes mayores y gobernadores militares y políticos», *Argensola: Revista de Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Altoaragoneses*, N.º 128, 2018, pág. 230.

terminar con la labor de las Cortes de Cádiz¹². Para ello, se restableció la Sala de Alcaldes de Casa y Corte con sus competencias judiciales y policiales tradicionales, se impartieron instrucciones para *el arresto ó prisiones de personas afectas á las novedades que se iban introduciendo*¹³, y se creó una *Comisión de Policía* para inquirir, justificar y castigar a los autores y cómplices de los procedimientos de las Cortes contra la soberanía del rey¹⁴.

Otro ensayo policial interesante a pesar de su corta duración fue el *Ministerio de Seguridad Pública*, inaugurado en marzo de 1815 para perseguir afrancesados, coincidiendo con la fuga y regreso de Napoleón a Francia¹⁵. Su verdadera razón de existencia fue la represión política al margen de la vía ordinaria, ya que *el curso ordinario y lento de las leyes no podía embarazar las maquinaciones de los malvados*¹⁶. Sin embargo, existieron muchas críticas en su contra, siendo suprimido el 8 de octubre de 1815¹⁷, a pesar de *lo conveniente que es para mantener el orden social reprimir á los hombres díscolos, ociosos y vagamundos, que inquietan y perturban al pacífico y honrado habitante*¹⁸.

Durante el denominado *Trienio Liberal* no hubo grandes novedades. Su corta experiencia truncó el avance producido en la codificación penal de 1822¹⁹, y también la reforma de la Policía a pesar de la publicación de un reglamento provisional²⁰. Además, los decretos de abril de 1821 entregaron al Ejército las competencias sobre orden

¹² LA PARRA, Emilio, *Fernando VII. Un rey deseado y detestado*, Tusquets, Barcelona, 2018, págs. 245-265.

¹³ BALMASEDA, Fermín Martín de, *Decretos del Rey Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1818, vol. I, págs. 23-55, *Real Decreto de 23 de mayo de 1814*.

¹⁴ ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, María Jesús, «Invasión francesa, Gobierno intruso. Los fondos de la Guerra de la Independencia en el Archivo Histórico Nacional», *Cuadernos de Historia Moderna*, N.º 37, 2007, págs. 201-255; LA PARRA, *Fernando VII*, *op. cit.*, págs. 290-292.

¹⁵ TURRADO VIDAL, Martín, *Estudios sobre Historia de la Policía*, Ministerio del Interior, Madrid, 1991, vol. I, págs. 19-20.

¹⁶ ORTEGO GIL, Pedro, *Entre jueces y reos. Las postrimerías del Derecho penal absolutista*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 225.

¹⁷ AHN, *Consejos*, 1738 bis, *Juzgado de Seguridad Pública*.

¹⁸ BALMASEDA, Fermín Martín de, *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1819, vol. II, pág. 315.

¹⁹ *Colección de los Decretos y Ordenes Generales expedidos por las Cortes. Desde el 1.º de Marzo hasta 30 de Junio de 1822*, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, vol. IX, págs. 221-375. *Decreto LVI de 8 de junio de 1822, Ley del Código Penal*.

²⁰ *Colección de los Decretos y Ordenes Generales expedidos por las Cortes Extraordinarias. Desde el 3 de Octubre hasta 19 de Febrero de 1823*, Imprenta Nacional, Madrid, 1823, vol. X, págs. 48-54, *Decreto XVI de 6 de diciembre de 1822, Reglamento Provisional de Policía*.

público, con amplias prerrogativas a los capitanes generales para la represión de conspiradores²¹.

Con la entrada en España en abril de 1823 de los *Cien Mil Hijos de San Luis* para restituir en el trono a Fernando VII, se inició una feroz represión y se tomaron medidas policiales a partir del Decreto de 8 de junio de 1823 de la Regencia establecida con la ocupación de Madrid. Con este decreto se creaba la *Superintendencia General de Vigilancia Pública* con competencia para todo el Reino, al objeto de *precaver y evitar todo extravío, velar sobre la conducta de las personas por sus opiniones y principios contrarios a la Religión y el Trono*²². No obstante, a partir del 1 de octubre de 1823, tras la liberación del monarca, una vez recuperado su poder, algunas de las medidas de la Regencia fueron cesadas, quedando los asuntos de la Superintendencia General de Vigilancia encuadrados en la Secretaría de Estado de Gracia y Justicia²³.

II. UNA POLICÍA PARA TODO EL REINO

En enero de 1824, se creó la *Policía General del Reino* a partir de la experiencia de la Superintendencia General de Vigilancia Pública, remarcándose la necesidad de controlar a la población. Se le dotó de amplias atribuciones para ser un cuerpo fuerte y eficaz, debido a que era muy importante para el rey *el arreglo de la policía de mis Reinos, la cual debe hacerme conocer la opinión y las necesidades de mis pueblos, e indicarme los medios de reprimir el espíritu de sedición, de extirpar los elementos de discordia, y de desobstruir todos los manantiales de prosperidad*²⁴.

Si analizamos la Real Cédula de 13 de enero de 1824 y el Reglamento de 20 de febrero de 1824, dicho organismo tenía amplias competencias privativas, como la realización del padrón, la gestión de los

²¹ Colección de los Decretos y Ordenes Generales expedidos por las Cortes Ordinarias de los años 1820 y 1821, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, vol. VII, págs. 37-45, Decreto VI de 17 de abril de 1821, por el que se establecen las penas que habrán de imponerse á los conspiradores contra la Constitucion é infractores de ella.

²² BALMASEDA, Fermín Martín de, *Decretos y resoluciones de la Junta Provisional, Regencia del Reino*, Imprenta Real, Madrid, 1824, vol. VII, págs. 22-39.

²³ *Ibidem*, pág. 166.

²⁴ NIEVA, Josef María de, *Decretos del Rey Nuestro Señor Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1824, vol. VIII, págs. 49-62, *Real Cédula por la que se establece la creación de la Policía General del Reino de 13 de enero de 1824*; HINOJAL AGUADO, Diego, «La Policía de Fernando VII y la persecución de la Masonería», en FERRER BENIMELI, José Antonio (Coord.), *La Masonería Española, Represión y Exilio*, CEHME, Zaragoza, 2010, vol. II, págs. 1467-1488.

registros y la expedición de pasaportes, permisos y licencias. También poseía otras competencias acumulativas, como la persecución de delitos comunes y políticos, el control sobre las imprentas, etc. Competencias que generaban rivalidad por la invasión de las de otras instituciones, sobre todo de la Iglesia, Jueces, Capitanes Generales y Voluntarios Realistas. También se granjeó la animadversión de las personas comunes por el cobro de multas y licencias, que en ocasiones se hacía de una forma un tanto arbitraria²⁵.

Dependía del ministro o secretario de Estado del Despacho de Gracia y Justicia, si bien el superintendente tenía contacto directo con el rey y mantenía una gran independencia en su actuación. Se trataba de un cuerpo centralizado que recibía partes provinciales sobre seguridad pública, espíritu público y subsistencias. Por lo tanto, era más un servicio de información y vigilancia que un cuerpo represivo en sí mismo. En realidad, los cuerpos de seguridad que llevaban el peso del orden público, dependían de la Justicia Real, de sus alcaldes de cuartel o de barrio, que ejercían su control con el concurso de alguaciles, celadores, y el apoyo de fuerzas auxiliares como el Cuerpo de Inválidos para territorio urbano; y de Alcaldes y Corregidores con el recurso de unidades del Ejército, como Compañías sueltas de fusileros, Migueletes, Miñones, Escuadras, etc., en el resto de España.

Continuando con la Policía General del Reino, se advierte que en su funcionamiento no tiene tanta influencia la ideología, sí que se encontraba inmersa en toda una serie de problemas internos del régimen, en las disputas por el poder y por ciertos privilegios económicos y políticos, y por lo tanto en la lucha por su supervivencia. Desde sus orígenes, la Superintendencia tuvo que extender rápidamente sus redes de información para hacer frente a los movimientos contrarios a la institucionalización del régimen fernandino que se configuraron desde ambos extremos. Destacan los partes que el superintendente general Recacho hizo llegar al rey, en los que informaba sobre los peligros a los que se enfrentaba la monarquía. Afirmaba que, por un lado, se encontraban los *liberales exaltados* que podrían aprovechar el momento por *el desgraciado decreto del emperador del Brasil* que otorgaba una constitución a Portugal. Pero, por otro lado, existía un grupo más peligroso que denomina *realista aparente, o partido que se cree agraviado por la senda que había tomado España*, y que se encontraba conspirando contra el Gobierno por considerar que era dominado por los liberales²⁶.

²⁵ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, págs. 89-95.

²⁶ AGP, *Reinado de Fernando VII*, Papeles Reservados, Tomo 71, Exps. 36-39.

Sin embargo, las preocupaciones del monarca Fernando VII eran otras que las del superintendente Recacho, a pesar de que se confirmaron sus sospechas sobre la implicación de esta *facción realista*, también conocida como *apostólica*, en la rebelión de 1827 de los *Agraviats* o *Malcontents*. Por dicho motivo, y contra todo pronóstico, el ministro ultrarrealista de Gracia y Justicia, Francisco Tadeo Calomarde, que se encontraba implicado en los hechos de Cataluña, salió reforzado y se hizo con el control de la Policía²⁷.

Fuertes presiones contrarias a la Policía provocaron la pérdida de su independencia de acción, y con la Real Cédula de 19 de agosto de 1827 quedó reducida a entender de delitos políticos²⁸. Bajo el control del sector apostólico, se depuró profundamente su organigrama, apareciendo en su interior los hombres de Calomarde, lo que explica el celo con que se empleó en los años siguientes en la persecución del liberalismo. La caída de numerosos liberales en 1830 y 1831 y, sobre todo, su papel protagonista en las muertes de Mariana Pineda y del general Torrijos, mártires del liberalismo, contribuyeron poderosamente a crear la imagen, muy presente en la posterior historiografía, de una policía política ferozmente represiva a las órdenes del ministro de Gracia y Justicia²⁹.

A finales de 1832, y en un contexto caracterizado por las fuertes presiones a favor de la sucesión de la Corona en la persona del infante Don Carlos durante la grave recaída del monarca en La Granja. La situación dio un vuelco inesperado por su repentina recuperación y su empeño en facilitar el reinado de su hija Isabel. En estas circunstancias, se produjo otro cambio sustancial con la creación del Ministerio de Fomento por Real Decreto de 9 de noviembre de 1832, al que se adscribió la Policía. El nuevo Ministerio recibió de Gracia y Justicia como *incumbencia y atribución privativa: [...] la policía urbana y rústica, y la de seguridad pública, tanto exterior como interior: el juzgado de vagos y mal entretenidos: las cárceles, y casas de corrección y presi-*

²⁷ FUENTES, Juan Francisco, «Datos para una historia de la policía política en la Década Ominosa», *Trienio, Ilustración y Liberalismo. Revista de Historia*, N.º 15, mayo de 1990, págs. 99-104.

²⁸ TURRADO VIDAL, Martín, *La Policía en la Historia Contemporánea de España (1766-1986)*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 96; SUÁREZ VERDEGUER, *Documentos del Reinado de Fernando VII, tomo VIII: Los Agraviados de Cataluña*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1972, vol. I, págs. 272-273; ALONSO TEJADA, Luis, *Ocaso de la inquisición*, Zero, Algorta, 1969, pág. 199; FUENTES, «Datos para una historia de la policía política», *op. cit.*, págs. 108-111.

²⁹ FONTANA, Josep, *De en medio del tiempo. La Segunda Restauración Española, 1823-1834*, Crítica, Barcelona, 2019, págs. 309-311; FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier y FUENTES, Juan Francisco (Dirs.), *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, págs. 532-535.

dios³⁰. Poco después, previendo los problemas sucesorios, se prohibieron las armas excepto a los autorizados, señalando a las autoridades competentes y a la Policía el cuidado de su más estricta ejecución, como *responsables de la menor negligencia en esta parte*³¹.

Un día antes de la muerte de Fernando VII, a través de una Real Orden de 28 de septiembre de 1833, *se manda que la Policía general del Reino se organice de nuevo, conforme a lo establecido en Real decreto de ocho de Enero de mil ochocientos veinte y cuatro...*, seguramente que la disposición fue tomada por los disturbios que se estaban ocasionando por la sucesión de la Corona en favor de su hija Isabel³².

Finalmente, con la muerte del rey y el advenimiento del Estado liberal, la *Secretaría de Estado y del Despacho de Fomento general del Reino*, por Real Decreto de 13 de mayo de 1834, recibió el título de *Secretaría de Estado y del Despacho del Interior* con las mismas atribuciones³³. Pero como *la experiencia haya demostrado la inutilidad de la Superintendencia general de Policía despues de establecido el Ministerio de lo Interior*, se suprimió la misma como reza el Real Decreto de 4 de octubre de 1835³⁴. El Ministerio se dividió en secciones, incumbiendo a la de *Policía general, los negocios de policía general, persecucion de vagos y malhechores, cárceles, casas de correccion y presidios, y la policía urbana y rural*³⁵. A nivel provincial los *Subdelegados principales de Fomento* recibieron el nombre de *Gobernadores Civiles de las Provincias*, encargándose por lo tanto de las cuestiones de policía³⁶. *Pero esta ya es otra historia y merece ser contada en otra ocasión.*

³⁰ NIEVA, Josef María de, *Decretos del Rey Nuestro Señor Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1833, vol. XVII, pág. 244.

³¹ NIEVA, Josef María de, *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII, y de la Reina su Augusta Esposa*, Imprenta Real, Madrid, 1834, vol. XVIII, pág. 76. *Real Orden de 26 de marzo de 1833 comunicada al Sr. Secretario del Despacho de Gracia y Justicia para que se observe lo prevenido por las leyes acerca del uso de armas.*

³² TURRADO, *Estudios sobre Historia, op. cit.*, pág. 26-27.

³³ *Gaceta de Madrid*, N° 84, 15 de mayo de 1834, pág. 385.

³⁴ NIEVA, Josef María de, *Decretos de la Reina Nuestra Señora Doña Isabel II, dados en su real nombre por su augusta madre la Reina Gobernadora, y Reales ordenes, Resoluciones y Reglamentos generales expedidos por las Secretarias del Despacho Universal desde 1° de enero hasta fin de diciembre de 1835*, Imprenta Real, Madrid, 1836, vol. XX, págs. 447-448.

³⁵ *Ibidem*, págs. 151-159, *Real Decreto de 16 de junio de 1834.*

³⁶ *Gaceta de Madrid*, N° 84, 15 de mayo de 1834, pág. 385.

III. ¿SUSTITUCIÓN DE LA INQUISICIÓN POR LA POLICÍA GENERAL DEL REINO?

Volviendo al reinado de Fernando VII, y una vez finalizado el lapso constitucional del *Trienio* a causa de la intervención francesa, se pensó que Fernando VII iba a otorgar ciertas libertades a pesar de recuperar el poder absoluto. No obstante, de la misma forma que ocurrió con su regreso en 1814, las palabras del rey no se correspondieron con los hechos, y trabajó para no volver a ceder ninguna parcela de su poder a cualquier otra persona o institución.

Por otro lado, la represión iniciada por la Regencia al amparo de la invasión francesa nos podría hacer pensar en el pronto restablecimiento de la Inquisición. Sin embargo, las presiones desde el Gobierno francés en su contra provocaron su olvido. La creación de la *Superintendencia de Vigilancia Pública* hizo pensar a los franceses que se acabarían las arbitrariedades, pues la consideraban una garantía contra dicho tribunal³⁷.

Pero, a pesar de que las presiones exteriores en contra de la Inquisición tuvieran algo que ver en la no reinstauración, Fernando, como rey absoluto, no iba a dejar la represión de sus contrarios a instituciones que pudieran escapar a su control. Porque seguramente que, si el *Santo Oficio* hubiera sido restaurado, se habría echado en manos de los realistas más extremados. Entre 1814 y 1820 se había advertido que la Inquisición había perdido el poder y actividad de antaño, y los nuevos tiempos le habían restado su razón de existir³⁸. En 1824, el rey ya contaba con la Policía y con otros órganos represivos bajo su control directo, que demostraban una mayor efectividad y eran incompatibles con la existencia de la Inquisición³⁹. El monarca, a pesar de que se recuperaron las instituciones tradicionales, impulsó la creación de organismos represores para los nuevos tiempos. Así, en la segunda etapa absolutista se advierte una divergencia de intereses entre el *Trono* y *el Altar*. El rey quería afianzar su poder utilizando la

³⁷ LA PARRA, Emilio, *Los Cien Mil Hijos de San Luis. El ocaso del primer impulso liberal en España*, Editorial Síntesis, Madrid, 2007, págs. 258; VILLÉLE, Comte de, *Memoires et Correspondance*, Perrin et Cía., París, 1889, vol. IV, pág. 68.

³⁸ TURRADO, *La Policía en la Historia*, op. cit., pág. 78-83; HINOJAL AGUADO, Diego, «Instrumentos de represión de la Masonería en el reinado de Fernando VII», en RUIZ SÁNCHEZ, José Leonardo y POZUELO ANDRÉS, Yván (Coords.), *La Masonería. Mito e Historia en el III Centenario de la Fundación de la Masonería Moderna*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020, vol. I, págs. 107-113.

³⁹ LA PARRA y CASADO, *La Inquisición en España*, op. cit., pág. 180; FUENTES, «Datos para una historia de la policía política», op. cit., pág. 98.

influencia del clero en la sociedad española y, a su vez, la Iglesia pretendía hacer lo mismo bajo la protección real.

Pero no solo los franceses veían en la Policía una garantía contra la Inquisición. También los *ultrarrealistas*, en quejas y representaciones suscritas en contra de la primera, percibían su creación como una sustitución. A principios de agosto de 1825, el duque del Infantado fue nombrado por el rey, presidente de una junta para examinar los desórdenes ocurridos en los meses anteriores. Sus conclusiones eran prácticamente unánimes y contrarias a la Policía, y se pronunciaban a favor de la reposición del Tribunal del Santo Oficio⁴⁰. La oposición de la facción apostólica se hizo muy patente en la hostilidad que mostraban los Voluntarios realistas⁴¹, sobre todo durante la mencionada insurrección de los Agraviats o Malcontents, cuando los sediciosos se alzaron a los gritos de *Viva la Inquisición, muera la Constitución, mueran los negros, muera la policía*⁴². Esto se explica porque, según la Real Cédula de su creación, la Policía asumió las competencias que la Iglesia venía ejerciendo sobre el control de la población, e incluso sobre la censura de libros o impresos, siendo reafirmado este traspaso por Real Decreto de 14 de noviembre de 1824⁴³.

Los todopoderosos capitanes generales y otras autoridades territoriales con competencias en seguridad pública también tuvieron que ceder y contar con la Policía. Por la existencia de un conflicto de competencias, el 19 de mayo de 1824 se expidió la *Real orden comunicada á las respectivas Secretarías del Despacho de Estado para que le dejen expeditas las facultades que tiene la Policía*, y el 24 de junio de 1824, la *Real orden comunicada al Sr. Secretario del Despacho de la Guerra, para que los Oficiales destinados á perseguir malhechores, por en cargo de los Capitanes generales, obren con acuerdo y en unión de la Policía*⁴⁴.

Asimismo, y a pesar de no restablecerse la Inquisición, se ha observado que algunas de sus funciones pervivieron en la Policía y en

⁴⁰ SUÁREZ VERDEGUER, Federico, *Documentos del Reinado de Fernando VII, tomo II: Informes sobre el estado de España (1825)*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1966, págs. 67-79 y 113-119.

⁴¹ ARTOLA, Miguel, *La España de Fernando VII*, RBA, Madrid, 2005, pág. 682, el Cuerpo de Voluntarios Realistas se ideó como salvaguardia de la monarquía absoluta en contraposición de la Milicia Nacional creada por los liberales durante el Trienio Liberal.

⁴² ALONSO TEJADA, *Ocaso de la Inquisición*, op. cit., pág. 199. El autor también cita las limitaciones que se impusieron en 1827 a causa de los clamores unánimes contra la policía; FUENTES, «Datos para una historia», op. cit., págs. 108-111.

⁴³ NIEVA, Josef María de, *Decretos del Rey Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1825, vol. IX, pág. 360.

⁴⁴ NIEVA, *Decretos del Rey Fernando*, 1824, vol. VIII, op. cit., págs. 365 y 400.

otros organismos relacionados, que fueron creados o reformados a instancias del monarca. Durante la Regencia, el 24 de julio de 1823, se había creado la *Comisión Reservada*, donde Raymundo Ettenhard y Salinas, miembro del antiguo Consejo de la Inquisición, junto con otros eclesiásticos, recopilaron los documentos que los *revolucionarios en su vergonzosa huida dejaron abandonados ... pertenecientes a la Secta de Masones, Comuneros y demás asociaciones secretas*⁴⁵.

A partir de la liberación de Fernando VII por las tropas de Angulema, el monarca transformó la Comisión Reservada en *Junta Reservada de Estado*, bajo dependencia del Ministerio de Gracia y Justicia y de la Superintendencia General de Policía. En el artículo primero de su reglamento de 22 de abril de 1824, se reseñaba que el Superintendente General *será Yndividuo nato* de la Junta. Y en el artículo 3, se citaba que: *La incumbencia principal de la Junta es informar al Gobierno de cuanto tenga relación con las asociaciones secretas que existieron o existan en España y suministrarle los datos necesarios para que conozca todas sus ramificaciones e impida su reproducción*⁴⁶.

Para ello se elaboraron dos instrumentos: una *historia de las asociaciones secretas*, con distinción de filiaciones o sectas, que incluía un catálogo de todos los individuos que hubiesen formado parte de ellas, y un *índice de los pertenecientes a la Milicia Nacional, a los Batallones Sagrados, a las Compañías sueltas de Escopeteros o Cazadores de Montaña, a los Ayuntamientos Constitucionales, a las reuniones patrióticas en las que se formaron representaciones para influir en el Gobierno, así como de cualquiera que hubiera obtenido cargos o se hubiera adherido al sistema constitucional*⁴⁷.

Además, el 4 de octubre de 1824, el superintendente general Mariano Rufino envió una circular reservada:

á todos los intendentes de policía del reino, previniéndoles que formen y le remitan dos índices, uno de hombres, y otro de mugeres, de todas las personas existentes en sus provincias, que merezcan alguna de las notas, que abajo se dirán cualquiera que sea su sexo, su estado y su edad. Las notas de que se trata son las siguientes: adicto al sistema constitucional; - voluntario nacional de caballería, ó infantería; - individuo de compañía ó batallón sagrado; - reputado por mason; conocido por comunero; - tenido por liberal exaltado ó moderado; - comprador de bienes nacionales; - secularizado. Todos los sujetos comprendidos en estas ocho notas son sospechosos, y ni á ellos, ni á sus hijos, criados ó

⁴⁵ AHN, Consejos, L-3765.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ AGP, Reinado de Fernando VII, Papeles Reservados, tomos 66 y 67; HINOJAL, «Instrumentos de Represión», op. cit., págs. 103-135.

*dependientes, deben darseles pasaportes para trasladarse de un punto á otro, sino despues de probar la necesidad del viaje, y de dar fiador seguro. Además, los pasaportes llevan una contraseña, que sirve para que todas las autoridades á quienes tienen que presentarse conozcan que son sospechosos y vigilen su conducta*⁴⁸.

La Junta Reservada se encargaba de revisar los libros prohibidos que fueran recogidos por la Superintendencia General de Policía *por ir en contra de la santidad del Dogma, la pureza de la disciplina, las prerrogativas de la Corona, la regularidad de las costumbres y el reposo de los españoles*. Además, certificaba la pertenencia a cualquiera de las familias constitucionales en los expedientes que realizaban las Juntas de Purificación que se formaron para extirpar a los elementos liberales de la Administración. Y no solo a las plantillas del Estado, Ayuntamientos, Ejército, etc., sino que también se atendió a cualquier tipo de empleo que pudiera ejercer influencia sobre la sociedad⁴⁹.

El superintendente general de Policía, como miembro de la Junta Reservada, también informaba a instituciones solicitantes sobre la pertenencia de las personas requeridas a sociedades patrióticas, sociedades secretas, sociedades constitucionales, *sectas* de comuneros o masones, etc. A través del cruce de los datos obtenidos a partir del análisis de la documentación del Archivo General de Palacio y del Archivo General Militar de Segovia se han podido comprobar varios casos de purificaciones en los que la Junta Reservada de Estado certificaba la afiliación a sociedades patrióticas, secretas, masonería, sectas, etc., a las Juntas de Purificación Militares de Provincia y en segunda instancia al Consejo Supremo de la Guerra, máximo órgano jurisdiccional militar⁵⁰.

Entre los informes de la Junta hallados en expedientes de purificación de militares, algunos se encuentran firmados por el superintendente general de Policía Juan José Recacho. Estos informes, de

⁴⁸ MIÑANO BEDOYA, Sebastián, *Examen crítico de las Revoluciones de España de 1820 a 1823 y de 1836*, Imprenta de Cipriano López, Madrid, 1858, vol. I, págs. 445-446; FUENTES, Juan Francisco y GARÍ, Pilar, *Amazonas de la libertad. Mujeres liberales contra Fernando VII*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 195-200; «Documentos para la Historia moderna de España. Ordenanza del superintendente general de policía en Madrid de 4 de octubre de 1824», *Ocios de Españoles emigrados*, N.º 10, 1825, págs. 15-20.

⁴⁹ BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, Bernabé, «Las purificaciones de maestros de primeras letras y preceptores de gramática en la reforma de Fernando VII», *Revista de la Educación*, n.º 2 (1983): 249-254.

⁵⁰ A través del estudio de esta documentación se advierte la indiferencia ante la veracidad de los hechos, sobre todo en la supuesta adscripción a la masonería. En las fuentes coinciden los considerados masones con los conjurados que extendieron el movimiento de 1820 y provocaron la vuelta del constitucionalismo.

estructura muy similar, certificaban si el interesado *se halla inscrito en alguna lista, Yndice, ó documento de sectas reprovadas por las leyes*⁵¹.

Finalmente, y a pesar de que se considere la creación de la Policía General del Reino como un indicio del espíritu reformista de ministros supuestamente moderados y un reforzamiento de la administración civil, lo cierto es que el único interés de Fernando VII era la institucionalización de la represión de liberales o constitucionales. Es más, si la Policía resistió las presiones contrarias de la Iglesia, los capitanes generales o gobernadores militares, *las justicias* mayores y las ordinarias, los voluntarios realistas, etc., fue porque a Fernando VII le interesaba su existencia por su eficacia. Asimismo, la superposición de organismos represores, si bien motivó frecuentes conflictos de competencias, también generalizó la persecución que el rey demandaba⁵².

Por todo ello, la palabra *Policía* manchada por los oscuros orígenes de la primera experiencia policial ajena a la administración de justicia del Estado Absoluto, la *Policía General del Renio*, resultó prácticamente abandonada hasta que, en tiempos recientes y gracias a la democracia, se hiciera justicia con el término liberándolo de sus lastres, con la creación de un verdadero *Cuerpo Nacional de Policía* como lo entendemos hoy en día.

IV. CONCLUSIONES

La emergencia de un modelo de policía urbana independiente de la administración de justicia en España fue un largo proceso. Decidida en el reinado de Fernando VII, esa independencia fue motivo de continuo conflicto con las instituciones del Antiguo Régimen por sus competencias sobre el control de la población y el orden público. El no restablecimiento de la Inquisición fue la principal causa de lucha

⁵¹ En varios expedientes de purificación de oficiales que se albergan en el Archivo General Militar de Segovia, hemos encontrado informes de pertenencia a la masonería, sectas, sociedades prohibidas por las leyes, sociedades patrióticas, etc., firmados por el superintendente general de Policía Juan José Recacho, como los del capitán graduado de coronel Mariano Villalpando (AGMS, 1.ª, B-2709), el coronel de Infantería José Fermín Conget (AGMS 1ª C-3235), el coronel de Caballería Agustín de Hore (AGMS 1ª O-473), el brigadier de Infantería Marqués de Quintanar (AGMS, 1.ª, CH-11) o incluso en el expediente del teniente general Pedro Téllez Girón, príncipe de Anglona (AGMS, Célebres 160, Exp. 5).

⁵² LA PARRA, *Los Cien Mil Hijos*, op. cit., págs. 322-323; LUIS, Jean-Philippe, *L'Utopie réactionnaire. Épuration et modernisation de l'État dans l'Espagne de la fin de l'Ancien Régime (1823-1834)*, Casa de Velázquez, Madrid, 2002, págs. 96-98.

del *ultrarrealismo* en su contra, porque la Policía asumió, junto con otros organismos asociados, la labor inquisitorial de control de las ideas y mentalidades que la Iglesia venía ejerciendo tradicionalmente, por lo que se consideró como una sustitución del *Santo Oficio*.

La creación de la Policía General del Reino se enmarca entre las medidas de reforzamiento del poder de Fernando VII y en la importancia que adquirieron las secretarías de Estado y del Despacho, sobre todo la de Gracia y Justicia, que favorecieron la centralización del poder en el monarca. El cambio que se produce al final de su reinado con la creación del Ministerio de Fomento, situando la Policía en su estructura, denota un signo de modernidad que anticipa las disposiciones que se tomarán en el Estado liberal con la creación del Ministerio del Interior.

La eficacia represiva del Estado fernandino se hace patente gracias a la Policía y a la extensión de sus redes de información, siendo una de las razones del fracaso de las intentonas liberales. Bajo la órbita del ministro Calomarde, a partir del 19 de agosto de 1827, perderá la relativa independencia de que disfrutaba, quedando muy desprestigiada por sus usos en el descubrimiento de las tramas de invasión liberales de 1831.

La Policía tuvo un papel destacado en la represión. Sin embargo, existieron otras instituciones que también tuvieron gran protagonismo como la Iglesia o la Justicia; organismos dependientes del gabinete como las Comisiones Militares, la Junta Reservada de Estado y las Juntas de Purificación; o cuerpos armados como el de los Voluntarios Realistas. Finalmente, hasta la sociedad misma, que se encontraba empobrecida económica y moralmente, se aprovechó del sistema y de las recompensas que se ofrecían a los delatores. Por ello, a pesar de que la abundancia de los aparatos represivos generaba frecuentes conflictos de competencias, se *contribuyó a universalizar la persecución, pues lo que escapaba a un tribunal, era recogido por otro*⁵³.

V. FUENTES:

V.A. Fuentes Archivísticas

Archivo General de Palacio (AGP).

Archivo General Militar de Segovia (AGMS).

Archivo Histórico Nacional (AHN).

⁵³ LA PARRA, *Los Cien Mil Hijos*, op. cit., pág. 322.

V.B. Fuentes Bibliográficas

Colección de los Decretos y Ordenes Generales expedidos por las Cortes. Desde el 1.º de Marzo hasta 30 de Junio de 1822, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, vol. IX.

Colección de los Decretos y Ordenes Generales expedidos por las Cortes Extraordinarias. Desde el 3 de Octubre hasta 19 de Febrero de 1823, Imprenta Nacional, Madrid, 1823, vol. X.

Colección de los Decretos y Ordenes Generales expedidos por las Cortes Ordinarias de los años 1820 y 1821, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, vol. VII.

ALONSO TEJADA, Luis, *Ocaso de la inquisición*, Zero, Algorta, 1969.

ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, María Jesús, «Invasión francesa, Gobierno intruso. Los fondos de la Guerra de la Independencia en el Archivo Histórico Nacional», *Cuadernos de Historia Moderna*, N.º 37, 2007, págs. 201-255.

ARTOLA, Miguel, *La España de Fernando VII*, RBA, Madrid, 2005.

BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.

BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, Bernabé, «Las purificaciones de maestros de primeras letras y preceptores de gramática en la reforma de Fernando VII», *Revista de la Educación*, N.º 2, 1983, págs. 249-254.

CARRUESCO MARTÍNEZ, Alejandro y VARAS CRUZADO, Fernando. «La justicia oscense durante el reinado de Fernando VII: alcaldes mayores y gobernadores militares y políticos», *Argensola: Revista de Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Altoaragoneses*, N.º 28, 2018, págs. 219-242.

DUFOUR, Gerard, «¿Cuándo fue abolida la Inquisición en España?», *Cuadernos de Ilustración y Romanticismo*, N.º 13, 2005, págs. 93-107.

FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier y FUENTES, Juan Francisco (Dirs.), *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.

FERRER BENIMELI, José Antonio, *La Masonería Española en el Siglo XVIII, Siglo XXI*, Madrid, 1986.

FONTANA LÁZARO, Josep, *De en medio del tiempo. La Segunda Restauración española 1823-1834*, Crítica, Barcelona, 2019.

- FUENTES, Juan Francisco y GARÍ, Pilar, *Amazonas de la libertad. Mujeres liberales contra Fernando VII*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- FUENTES, Juan Francisco, «Datos para una historia de la policía política en la Década Ominosa», *Trienio, Ilustración y Liberalismo. Revista de Historia*, N.º 15, mayo de 1990, págs. 97-111.
- Gaceta de Madrid*, N.º 84, 15 de mayo de 1834.
- HINOJAL AGUADO, Diego, «Instrumentos de represión de la Masonería en el reinado de Fernando VII», en RUIZ SÁNCHEZ, José Leonardo y POZUELO ANDRÉS, Yván (Coords.), *La Masonería. Mito e Historia en el III Centenario de la Fundación de la Masonería Moderna*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020, págs.103-135.
- HINOJAL AGUADO, Diego, «La Policía de Fernando VII y la persecución de la Masonería», en FERRER BENIMELI, José Antonio, *La Masonería Española, Represión y Exilios*, CEHME, Zaragoza, 2010, vol. II, págs. 1467-1488.
- LA PARRA, Emilio y CASADO, María Ángeles, *La Inquisición en España. Agonía y abolición*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2013.
- LA PARRA, Emilio, *Fernando VII. Un rey deseado y detestado*, Tusquets, Barcelona, 2018.
- LA PARRA, Emilio, *Los Cien Mil Hijos de San Luis. El ocaso del primer impulso liberal en España*, Editorial Síntesis, Madrid, 2007.
- LUIS, Jean-Philippe, *L'Utopie réactionnaire. Épuration et modernisation de l'État dans l'Espagne de la fin de l'Ancien Régime (1823-1834)*, Casa de Velázquez, Madrid, 2002.
- BALMASEDA, Fermín Martín de, *Decretos del Rey Don Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1818, vol. I.
- BALMASEDA, Fermín Martín de, *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII*, IMPRENTA Real, Madrid, 1819, vol. II.
- BALMASEDA, Fermín Martín de, *Decretos y resoluciones de la Junta Provisional, Regencia del Reino*, Imprenta Real, Madrid, 1824.
- MARTÍNEZ RUIZ, Enrique, *La Seguridad Pública en el Madrid de la Ilustración*, Ministerio del Interior, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ RUIZ, Enrique, «Policía, Delincuencia Política y Corrupción en Madrid a finales del siglo XVIII», *Madrid. Revista de arte, geografía e historia*, N.º 8, 2006), págs. 57-86.

- MARTÍNEZ RUIZ, Enrique, *Policías y Proscritos. Estado, Militarismo y Seguridad en la España Borbónica (1700-1870)*, Editorial Actas, Madrid, 2014.
- MIÑANO BEDOYA, Sebastián, *Examen crítico de las Revoluciones de España de 1820 a 1823 y de 1836*, Imprenta de Cipriano López, Madrid, 1858, vol. I.
- MORALES RUIZ, Juan José, «La represión de la Masonería durante el reinado de Fernando VII», en SEPÚLVEDA MUÑOZ, Isidro y BULDAÍN JACA, Blanca (Coords.), *La Iglesia Española en la Crisis del Antiguo Régimen*, UNED, Madrid, 2003, págs. 199-220.
- NIEVA, Josef María de, *Decretos del Rey Nuestro Señor Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1824, vol. VIII.
- NIEVA, Josef María de, *Decretos del Rey Nuestro Señor Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1825, vol. IX.
- NIEVA, Josef María de, *Decretos del Rey Nuestro Señor Fernando VII*, Imprenta Real, Madrid, 1833, vol. XVII.
- NIEVA, Josef María de, *Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII, y de la Reina su Augusta Esposa*, Imprenta Real, Madrid, 1834, vol. XVIII.
- NIEVA, Josef María de, *Decretos de la Reina Nuestra Señora Doña Isabel II, dados en su real nombre por su augusta madre la Reina Gobernadora, y Reales ordenes, Resoluciones y Reglamentos generales expedidos por las Secretarías del Despacho Universal desde 1º de enero hasta fin de diciembre de 1835*, Imprenta Real, Madrid, 1836, vol. XX.
- ORTEGO GIL, Pedro, *Entre jueces y reos. Las postrimerías del Derecho penal absolutista*, Dykinson, Madrid, 2015.
- PARÍS MARTÍN, Álvaro, «Mecanismos de Control Social en la Crisis del Antiguo Régimen: La Superintendencia General de Policía», en JIMÉNEZ ESTRELLA, Antonio y LOZANO NAVARRO, Julián J. (Eds.), *Actas de la XI Reunión Científica de la Fundación Española de Historia Moderna*, Universidad de Granada, Granada, 2012, vol. I, págs. 838-851.
- PARÍS MARTÍN, Álvaro, «La policía y el pueblo. Reflexiones sobre el control de la calle en Madrid durante la crisis del antiguo régimen (1780-1833)», en AGUA DE LA ROZA, Jesús et al. (Eds.), *Veinticinco años después: Avances en la Historia Social y Económica de Madrid*,

- Ediciones Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2014, págs. 421-462.
- RUIZ JIMÉNEZ, Marta, «Medidas represivas a los integrantes de las sociedades secretas a partir de 1823», *Trienio, Ilustración y Liberalismo. Revista de Historia*, N.º 45, 2005, págs. 69-93.
- SÁNCHEZ, Santos, *Colección de Pragmáticas, Provisiones, Autos Acordados y otras Providencias Generales Expedidas por el Consejo Real en el Reynado del Señor Don Carlos III*, Imprenta de la Viuda e Hijo de Marín, Madrid, 1803.
- SÁNCHEZ, Santos, *Colección de Pragmáticas, Provisiones, Autos Acordados y otras Providencias Generales Expedidas por el Consejo Real en el Reynado del Señor Don Carlos IV*, Imprenta de D. Josef del Collado, Madrid, 1805, vol. I.
- SUÁREZ VERDEGUER, Federico, *Documentos del Reinado de Fernando VII, tomo II: Informes sobre el estado de España (1825)*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1966.
- SUÁREZ VERDEGUER, Federico, *Documentos del Reinado de Fernando VII, tomo VIII: Los Agraviados de Cataluña*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1972.
- TURRADO VIDAL, Martín, *Estudios sobre Historia de la Policía*, Ministerio del Interior, Madrid, 1991, vol. I.
- TURRADO VIDAL, Martín, *La Policía en la Historia Contemporánea de España (1766-1986)*, Dykinson, Madrid, 2000.
- VILLÈLE, Comte de, *Memoires et Correspondance*, Perrin et Cía., París, 1889.

**SOBRE EL CARÁCTER DISTINTIVO DE LA FORMA
DE UN PRODUCTO COSMÉTICO DE NATURALEZA
TRIDIMENSIONAL. REPERCUSIONES
EN EL CONTEXTO DEL REGISTRO
DEL SIGNO COMO MARCA**

(Comentario a la sentencia del Tribunal General de
la Unión Europea de 14 de julio de 2021 en el asunto
t-488/20 Guerlain)

**THE DISTINCTIVE CHARACTER OF THE SHAPE OF A THREE-
DIMENSIONAL COSMETIC PRODUCT. IMPLICATIONS
IN THE CONTEXT OF THE REGISTRATION
OF THE SIGN AS A TRADE MARK**

(Commentary to the Judgment of the General Court of the European
Union Of 14 July 2021 in case T-488/20 Guerlain)

FRANCESCO PIVA

Doctorando en Derecho Mercantil de la UNED
y abogado en Pordenone (Italia)

Sumario: *1. Prólogo y solicitud administrativa de registro de la marca ante la EUIPO; 2. Introducción: la solicitud administrativa de registro de marca ante la EUIPO; 3. Resultado de la solicitud de registro; 4. Recursos ante el Tribunal General de la Unión Europea. Sobre el carácter distintivo de la forma tridimensional; 4.1 Sobre la adquisición de fuerza distintiva sobrevenida (secondary meaning) de la barra de labios Rouge de Guerlain. 5. Aspectos colaterales de la solicitud de registro: motivos de denegación absolutos; 5.1. Sobre el carácter funcional de la forma del producto; 5.2 Sobre el valor sustancial de la forma del producto; 6. Motivación del Tribunal sobre el carácter distintivo de la marca de forma*

Guerlain: consideraciones críticas; 6.1 Sobre el carácter horizontal de colocación de la barra de labios Guerlain. 6.2 Sobre la forma ovalada en relieve de la barra de labios de Guerlain. 6.3 «Carácter acumulativo» de los elementos distintivos. 7. Breves conclusiones finales; 8. Bibliografía.

Resumen: Para ser registrable, cualquier marca -y las marcas de forma no están exentas- debe poseer el requisito del carácter distintivo. Esto no siempre es aceptado a nivel administrativo (por las oficinas de registro). La EUIPO denegó el registro de una barra de labios cuya forma difiere de la inmensa mayoría de las barras de labios existentes en el mercado, pero un tribunal dictaminó sin embargo que era lo suficientemente distintiva como para anular por completo la decisión de la EUIPO. El Tribunal de la UE, tras un minucioso análisis, sostuvo que la barra de labios de Guerlain reunía requisitos especiales, como hacerla icónica, inmediatamente reconocible e indicadora del origen, habiendo adquirido fuerza distintiva de forma sobrevenida (secondary meaning).

Palabras clave: Carácter distintivo de la marca; Marca tridimensional; Marca de la Unión Europea; Solicitud de marca tridimensional de la Unión Europea; Forma de una barra de labios semicilíndrica; Motivo de denegación absoluto; Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001, secondary meaning.

Abstract: To be registrable, any trade mark - and shape marks are not exempted - must possess the requirement of distinctiveness. This is not always accepted at the administrative level (by registration offices). The EUIPO refused registration of a lipstick whose shape differs from the vast majority of lipsticks on the market, but a court ruled that it was sufficiently distinctive to overturn the earlier refusal altogether. The EU Court, after careful analysis, held that Guerlain's lipstick met special requirements, such as making it iconic, immediately indicative of commercial origin.

Key words: Distinctive character of the mark; Three-dimensional mark; European Union trade mark; European Union three-dimensional trade mark application; Shape of a semi-cylindrical lipstick; Absolute ground for refusal; Article 7(1)(b) of Regulation (EU) 2017/1001; secondary meaning.

I. PRÓLOGO Y SOLICITUD ADMINISTRATIVA DE REGISTRO DE LA MARCA ANTE LA EUIPO

El tema que voy a tratar requiere, en mi opinión, una premisa, aunque sea breve, sobre el carácter distintivo de la marca tridimensional, con independencia del sector en el que circule. No es éste el lugar para abordar las limitaciones del artículo 3(1)(e) DM y del artículo 7(1)(e) RMC; sin embargo, puede ser útil llamar la atención del lector sobre algunas notas breves y pertinentes que pueden permitir una mejor comprensión de lo que será el verdadero objeto del trabajo tratado.

En primer lugar, según cierta doctrina¹, la limitación al registro de la forma que confiere valor sustancial al producto no se extiende al envase y a las formas de presentación del producto (como es, en el presente caso, el recubrimiento del producto cosmético); ello porque esta tesis da al término «producto» utilizado por el legislador una interpretación restrictiva, excluyendo el envase. En el caso de la barra de labios, opino que el contenido (la barra de labios) y el envase forman un todo inseparable y que, por tanto, la disposición legal debe considerarse aplicable a la totalidad del producto, incluido el envase. Además, la barra de labios no podría existir sin un envase de determinadas características, ya que se secaría en contacto con el aire. Aparte de esta última observación de carácter fáctico, las observaciones que he hecho están en consonancia con la doctrina autorizada²; además, hace ya más de 70 años, el concepto de que el envase es más susceptible de adoptar «formas nuevas y originales»³ ya estaba presente en la literatura de sector.

En el caso de la barra de labios, es inconcebible, como he dicho antes, distinguir el contenido del envase en la medida en que este último es una función del primero y permite su conservación y utilización a lo largo del tiempo; se podría imaginar que desde cierto punto

¹ OTERO LASTRES, J. M., La prohibición de registrar como marca la forma que da un valor sustancial al producto', en ADI 28 (2007-2008), p. 390;

² REY, M., VILLAR, A., El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea, Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2014), vol. 6, núm. 1, p. p. 298 y ss.; según los autores, el escenario más común en el mercado es que sean el envase y la presentación comercial del producto los que atraigan al consumidor por sus virtudes estéticas, mientras que el producto (yo añadiría: como en el caso de la barra de labios), se oculta tras ellos. En la jurisprudencia, de acuerdo con este principio, véase Tribunal de Justicia, 12 de febrero de 2004, asunto C-218/01, Henkel KGaA, aps. 29 y ss.

³ DÍAZ VELASCO, M., Los envases y recipientes como marcas y como modelos industriales, in Revista de la Propiedad Industrial, n. 1, 1953, p. 16

de vista el envase de la barra de labios sería equivalente a la función del envase de un líquido (una bebida, un perfume, etc.); incluso en el caso de los líquidos, de hecho, el envase tiene una función especialmente significativa con respecto a los recipientes u otros tipos de envases; por tanto, las dos formas de envase pueden equipararse en la medida en que son capaces de constituir una marca (de forma) con un alto grado de fantasía, ya que el contenido no condiciona la estructura externa. Si este razonamiento es correcto, la jurisprudencia comunitaria establece que es el envase el que da la forma al producto y, por lo tanto, la solicitud de registro debe referirse al propio envase⁴.

Analizando con más detalle el concepto de carácter distintivo tridimensional de la marca, hay que decir en primer lugar que es dinámico y cambiante⁵; además, la jurisprudencia estadounidense ha elaborado una tripartición del nivel de carácter distintivo⁶ (en orden ascendente de intensidad): (a) signos de fantasía, que carecen de significado propio y no se identifican con los de ningún otro producto o envase del mercado; b) signos arbitrarios, que pueden identificarse con el nombre o las características de un determinado producto, pero no tienen nada que ver con él; un ejemplo de forma tridimensional arbitraria es la silueta de un dinosaurio para designar galletas; c) los signos sugestivos, que evocan determinadas características o funciones del producto designado; piénsese en el caso de un caramelo con forma de oso y sabor a miel (de la que por definición los osos son aficionados).

II. INTRODUCCIÓN: LA SOLICITUD ADMINISTRATIVA DE REGISTRO DE MARCA ANTE LA EUIPO

En 2018, *Guerlain*, empresa francesa de lujo dedicada a la fabricación y distribución de perfumes, cosméticos y productos dermatológicos, había presentado ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (en lo sucesivo, EUIPO) una solicitud de registro de marca de la Unión Europea en virtud del Reglamento (UE) 2017/1001

⁴ TJCE, 12 de febrero de 2004, asunto C-218/01, Henkel KGaA, n° 33, Rec. 2004, p. I-01725.

⁵ REY, M., VILLAR, A., El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea, Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2014), vol. 6, núm. 1, p.306;

⁶ Esta clasificación fue enunciada en la sentencia *Abercrombie & Fitch Co v Hunting World Inc.*, 537 F. 2d 4 a 11; posteriormente, el Tribunal Supremo de Norteamérica extendió su aplicación a la valoración del carácter distintivo de las formas de presentación del producto en la sentencia *Two Pesos, Inc. Vs. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763 (1992)

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (DO 2017, L 154, p. 1), relativa a una de sus propias creaciones, concretamente una barra de labios, clasificándola en la clase 3 de la Clasificación de Niza.

Además de solicitar el registro sobre la base del citado Reglamento, la demandante alega con carácter subsidiario que su producto había adquirido fuerza distintiva sobrevenida (el denominado «*secondary meaning*»)⁷, invocando el artículo 7, apartado 3, del mismo Reglamento (artículo que regula los motivos de denegación absolutos), según el cual:

*Las letras b), c) y d) del apartado 1 no se aplicarán si la marca hubiera adquirido, para el conjunto de los productos o servicios para los cuales se solicita el registro, un carácter distintivo como consecuencia del uso que se ha hecho de la misma*⁸.

En apoyo de su solicitud de registro, la empresa solicitante presentó las siguientes imágenes reproducidas en papel:⁹



Imagen 1

⁷ TAVOLARO, L., Marchi di forma e secondary meaning, in Dir. Ind. 2007, VI, pp.537 – 547.

⁸ Se deniega el registro de una marca tridimensional que incumpla cualquiera de las prohibiciones absolutas (ver secciones 3.1 (e) DM y 7.1 RMC), incluso si dicha marca ha logrado distinguir productos o servicios en el mercado por su uso. En este contexto, ALVITE VILLAR, M. R., en su obra «El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea», publicada en Cuadernos de Derecho Transnacional (2014), vol. 6, núm. 1, p. 297; el Autor señala que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea clarificó este punto en su sentencia del 18 de junio de 2002, caso C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV contra Remington Consumer Products Ltd., aún no publicada en la Recopilación, n. 2002 1-05475, indicando que un signo que se registra conforme al artículo 3, apartado 3, no puede ser considerado no registrado, independientemente del uso que se le haya dado.

⁹ Obsérvese el aspecto relativo a la representación vertical de la marca, que se evaluará en el presente comentario.

III. RESULTADO DE LA SOLICITUD DE REGISTRO

La solicitud de registro, presentada ante la EUIPO, fue denegada con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001 por considerar que la barra de labios patentada por *Guerlain* no se diferenciaba de manera suficientemente significativa de otros productos del mercado con la misma función. En consecuencia, argumentó la EUIPO, el consumidor medio no habría percibido la diferencia de forma de la barra de labios en cuestión en comparación con las barras de labios que se encuentran habitualmente en el mercado, con el resultado de que no habría sido posible rastrear su origen empresarial. Este último aspecto debe considerarse esencial para el registro de cualquier tipo de marca, incluidas las marcas de forma tridimensional¹⁰.

En apoyo de su pronunciamiento, la EUIPO declaró que la mayoría de las barras de labios expuestas en las boutiques tienen características similares a las de la barra de labios fabricada por *Guerlain*; en particular, la forma suele ser similar a la de la imagen siguiente.



Barra de labios Givenchy Rouge

¹⁰ Además, la denegación por la EUIPO de una solicitud de registro de una marca de forma considerada carente de suficiente carácter distintivo puede encontrarse en asuntos anteriores: por todos, *Mag Instrument/UAMI C-136/02*.

Posteriormente, la sociedad Guerlain, se acogió a la posibilidad de presentar una solicitud de registro ante la Sala de Recurso, sin obtener, no obstante, un resultado diferente del obtenido ante la primera oficina de registro.

Por consiguiente, ambos examinadores (EUIPO y Sala de Recurso) desestimaron la solicitud, justificando esta decisión en la falta (o ausencia) de carácter distintivo porque la barra de labios no se apartaba «de manera significativa de la norma y de los usos del comercio»¹¹.

IV. RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA. SOBRE EL CARÁCTER DISTINTIVO DE LA FORMA TRIDIMENSIONAL

Los argumentos a favor del carácter distintivo de la barra de labios *Rouge* en el asunto *Guerlain*.

A la vista de la negativa de la EUIPO de admitir la solicitud de registro como marca tridimensional de la barra de labios *Rouge* de *Guerlain*, la empresa *Guerlain* decidió acudir a los tribunales, poniendo en conocimiento de los jueces los siguientes aspectos peculiares relacionados con su producto cosmético:

- 1) La barra de labios, de forma totalmente ovalada, no tiene una base plana, por lo que no puede colocarse en posición vertical;
- 2) Contiene un pequeño espejo en su interior, que puede verse abriendo una bisagra¹²;
- 3) La forma es única y se asemeja a la de determinados objetos, como un barco, una cuna y un lingote de oro.

En resumen, *Guerlain* señala que las características mencionadas revelan una forma revolucionaria de concebir las barras de labios, que por este motivo presentan rasgos y características que se diferen-

¹¹ Los términos «norma» y «usos» no deben interpretarse en el sentido jurídico-literal del término, sino más bien como sinónimos de «lo que normalmente se encuentra en el mercado»; por lo tanto, podría decirse que las Oficinas llamadas a pronunciarse sobre el registro de la marca de forma utilizaron estos términos en un sentido no estrictamente jurídico.

¹² Como se expondrá en la conclusión, el espejo de la barra de labios está contenido en la propia barra de labios y, por tanto, no es visible desde el exterior del producto; esto significa que no se induce al comprador potencial a adquirir la barra de labios en virtud de esta característica que, de hecho, está oculta; y, en cualquier caso, no es infrecuente que una barra de labios tenga este dispositivo dentro del envase; de ahí la falta de novedad

cian objetivamente de los productos comercializados por las empresas competidoras, y en esa medida, tiene fuerza distintiva, que es la función esencial de la marca (así, art. 4.1 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas)¹³.

Además, no faltó la observación de que cuando los aspectos mencionados son múltiples, la combinación de ellos da lugar a un producto con un mayor grado de carácter distintivo que cuando sólo existe un único elemento capaz de diferenciar un producto dentro del círculo de productos similares existentes en el mercado.

Sin anticipar lo que se abordará en los apartados finales, la resolución de la Sala Quinta del Tribunal General de la Unión Europea expuso inicialmente el motivo de denegación del registro por parte de la EUIPO, según el cual la falta de carácter distintivo del signo se debía a que las barras de labios de *Guerlain* no se diferenciaban significativamente de la barra de labios habituales en el mercado.

Del razonamiento del Tribunal de Justicia se desprende que el criterio de apreciación del carácter distintivo de una marca tridimensional no difiere del aplicable a las demás marcas, aun cuando no sea práctica habitual de los consumidores medios —en el sentido del consumidor medio que ofrece la célebre sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1988 en el asunto *Gut Springenheide*, considerando 37¹⁴, a la que han seguido otras muchas posteriormente y que ya está incluido en la legislación española, como un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente *atento y perspicaz*¹⁵—, pre-

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Funciones de la marca», pág. 120 y ss., en AAVV «Comentarios a la Ley de Marcas», dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Aranzadi, 2003.

¹⁴ ECLI:EU:C:1998:369. En el caso de la marca de forma, no es pero común que el consumidor medio, definido por la famosa sentencia del Tribunal de Justicia del 16 de julio de 1988 en el asunto *Gut Springenheide* c. *Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt — Amt für Lebensmittelüberwachung* (asunto C-210/96), con la intervención del *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* y considerando 37, seguida por muchas otras y ya incorporada al Derecho español, esté normalmente informado y sea razonablemente atento y perspicaz presuma el origen de los productos basándose en su forma en ausencia de cualquier elemento gráfico o textual. En este sentido, v. STJ de 7 de octubre de 2004, *Mag Instrument*, C-136/02 P, ap 30 (ECLI:EU:C:2004:592); también, STJ de 4 de octubre 2007, *Henkel*, C-144/06 P, ap 36 (ECLI:EU:2007:577); en el caso de examen de una marca de posición la consecuencia es la misma: v. ap 68 de la STPI de 14 de septiembre de 2009, *Lange Uhren*, T-152/07; o el ap. 33 de la STG de 16 de enero de 2014, *Margarete Steiff*, T-433/12.

¹⁵ Artículo 4. 2. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal. BOE núm. 10, de 11/01/1991. Entre otras, ap. 35 de STJ de 29 de abril de 2004, *Henkel*, C-456/01 P y C-457/01 P (ECLI:EU:2004:258); ap. 23 de la STJ de 22 de junio de 2006, *August Storck*, C-24/05 P (ECLI:EU:C:2006:421); ap. 32 de la STG (Sala Sexta) de 14 de noviembre de 2019, *Neoperl*, T-669/18

sumir el origen de los productos basándose en su forma en ausencia de cualquier elemento gráfico o textual¹⁶.

La negativa del Tribunal a reconocer el carácter distintivo de un signo tridimensional en ausencia de otros signos gráficos puede observarse en varias sentencias, entre las que cabe citar, por citar sólo algunas, la forma de los coches Land Rover Defender¹⁷, los helados Viennetta¹⁸ y los taxis de Londres¹⁹.

Incluso tras el reconocimiento del carácter distintivo de la barra de labios *Rouge de Guerlain*, el Tribunal ha demostrado que no es especialmente «generoso» a la hora de reconocer el carácter distintivo del signo tridimensional en ausencia de otros elementos de representación; En este sentido, citamos la reciente sentencia *Tecnica Group v. EUIPO*²⁰ sobre el tema del reconocimiento del carácter distintivo de la forma de una bota «estilo luna», en la que el Tribunal reconoció la decisión de la EUIPO, afirmando que la marca tridimensional no se aparta de manera «concreta» de las normas y costumbres del sector, con la consecuencia de desautorizar su —precisamente— carácter distintivo.

Volviendo al tema del reconocimiento del carácter distintivo de la barra de labios, un aspecto planteado por el Tribunal figura en el apartado 19 de la sentencia, a favor del reconocimiento de la marca de forma de este producto cosmético; en efecto, los jueces afirman que el carácter distintivo de una marca puede existir incluso cuando constituye una mera «variante» con respecto a la categoría de referencia; Además, el Tribunal añade (apartado 20) que no siempre es necesario que el signo tenga un alto grado de creatividad, siempre que,

¹⁶ La decisión de la sentencia en cuestión recuerda la jurisprudencia anterior que se ha orientado en esta dirección; véase, en particular, la sentencia de 20 de octubre de 2011, Freixenet/OAMI, C-344/10 P y C-345/10 P, EU:C:2011:680, apartados 45 y 46, así como la citada sentencia de 7 de octubre de 2004, Mag Instrument/OAMI, C-136/02 P, EU:C:2004:592, apartado 30.

¹⁷ *Jaguar Land Rover Ltd v Ineos Industries Holdings Ltd* [2020] EWHC 2130 (Ch): High Court of England & Wales, 3 August 2020, con comentario de EDEMBOROUGH, M., https://www.intellectualpropertymagazine.com/legal_updates/jaguar-land-rover-ltd-v-ineos-industries-holdings-ltd-2020-ewhc-2130-ch-143510.htm

¹⁸ Unilever Plc Trade Mark Applications (2003), Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases, Volume 120, Issue 19, 2003, Pages 651–667, <https://doi.org/10.1093/rpc/2003rpc35>

¹⁹ *The London Taxi Corporation Ltd trading as the London Taxi Company v Frazer-Nash Research Ltd and Another*, 20 January 2016, Case No: HC-2014-002085, [2016] EWHC 52 (Ch), <https://vlex.co.uk/vid/the-london-taxi-corporation-793037725>

²⁰ Sentencia del Tribunal General de 19 de enero de 2022 - *Tecnica Group v EUIPO* (Asunto T-483/20), ECLI:EU:T:2022:11

no obstante, la marca permita al consumidor medio, normalmente informado, identificar el origen empresarial del producto (o servicio)²¹.

IV. SOBRE LA ADQUISICIÓN DE FUERZA DISTINTIVA SOBREVENIDA (*SECONDARY MEANING*) DE LA BARRA DE LABIOS ROUGE DE GUERLAIN

Como se ha señalado, la empresa *Guerlain* consideró, como argumento subsidiario en su recurso ante el Tribunal, que la forma de la barra de labios había adquirido fuerza distintiva sobrevenida. Se trataba de una argumentación que hunde sus raíces en la conocida adquisición de *secondary meaning*, doctrina de creación jurisprudencial en EEUU (empleada por vez primera en el asunto «*Wotherspoon v. Currie*», 1872)²², y que considera que un signo, pese a no poseer fuerza distintiva desde el inicio, puede adquirirlo con su uso en el tráfico. Se constata, por lo tanto, que el carácter distintivo de un signo no es una cuestión estática, sino *dinámica*, que puede existir *ab initio* o desarrollarse con el uso del signo en el tráfico.

Esta doctrina, que inicialmente encontró serios detractores entre los tribunales y la doctrina especializada en la materia prácticamente en todo el continente europeo —a salvo Alemania, en donde la *Warenzeichengesetz*, cuyo parágrafo 4 III establecía la posibilidad de registrar como marca un signo inicialmente carente de fuerza distintiva siempre que se hubiese impuesto en el tráfico como signo identifica-

²¹ En este sentido, véase la sentencia de 16 de septiembre de 2004, SAT.1/OAMI, C-329/02 P, EU:c:2004:532, apartado 41). Para un análisis más detallado del tema, véase WOJCIESZKO-GLUSZKO, E., La registrabilidad de las marcas comunitarias de alcance espacial (reseña de jurisprudencia), 'Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej', 2010, no.4, p.134 (traducción del polaco).

²² Restatements (Third) of Unfair Competition, Tentative Draft tuntt. Num 2, cit. § 13 «Reporters' Note» comment, pág. 52. En el ordenamiento jurídico italiano, sobre la posibilidad de que las marcas de forma puedan beneficiarse del secondary meaning, véanse Comm. Ricorsi 27 de octubre de 1995, n. 3524; Trib. Napoli 5 de noviembre de 1998, n. 3841, según el cual «el carácter distintivo de una forma puede adquirirse o reforzarse con el tiempo como resultado de las formas particulares en que se utiliza y publicita»; en sentido negativo, es decir, que la marca de forma no puede beneficiarse del secondary meaning, véanse App. Milano 18 de julio de 1995, en Giur. ann.dir.ind, 1995, n. 3334 (p. 1169) y Trib. Milano, 2 de julio de 1996, n. 3600; en doctrina, con una visión intermedia cabe citar la aportación de OLIVIERI, G., Il secondary meaning, en Commento tematico della legge marchi, MARASÀ-MASI-OLIVIERI-SPADA-SPOLIDORO-STELLA RICHTER, p. 208, según la cual la adquisición de carácter distintivo mediante el uso de la marca de forma sólo se permitiría para aquellas marcas tridimensionales cuyo registro no se viera impedido por los impedimentos previstos en la ley;

dor de los bienes o servicios del solicitante—, no tuvo entonces expreso reconocimiento legislativo en la normativa del continente europeo.

No obstante, como es conocido, con el tiempo la doctrina consideró que la doctrina de *secondary meaning* podía encontrar cierto amparo legislativo en el marco del Convenio de la Unión de París, en particular en el art. 6 quinquies A y B, al señalar que «*para apreciar si la marca es susceptible de protección se deberán tener en cuenta todas las circunstancias de hecho, principalmente la duración del uso de la marca*», precepto que fue considerado como aplicable con carácter general para todo tipo de marca.

Como es también conocido, la doctrina de *secondary meaning* encuentra su ámbito de aplicación en relación a signos que inicialmente son carentes de fuerza distintiva, pero que como consecuencia de su uso en el tráfico, logran adquirir tal carácter distintivo²³. Se trata, en definitiva, de signos no inherentemente distintivos pero que lo adquieren por su uso en el tráfico. En este sentido, se ha señalado además que no es suficiente un uso publicitario, sino que además sería necesario un uso que permitiera un reconocimiento general, no sólo por los consumidores del producto distinguido con el signo.

Ahora bien, es también conocido que no todos los signos no inherentemente distintivos son idóneos para lograr la distintividad sobrevenida que produzca efectos jurídicos; así, en la normativa americana, solo los signos descriptivos pueden adquirir *secondary meaning*, mientras que en la normativa europea, con carácter general, los signos que pueden lograrla son los signos que no constituyen una forma necesaria²⁴. Por lo tanto, podrían existir signos que aunque no inherentemente distintivos *ab initio*, hubieran logrado fuerza distintiva como consecuencia de su uso en el tráfico, pero que tal fuerza

²³ En el ordenamiento jurídico italiano, parte de la jurisprudencia admite que la capacidad distintiva originalmente débil de una marca puede aumentar «como consecuencia de su acreditación mediante un uso comercial y publicitario especialmente amplio»; así, ya en los años ochenta, Tribunal de Casación n.º 9617 de 25 de septiembre de 1988, en *Giur.ann.dir.ind.*, 1998, n. 3736; Tribunal de Casación n.º 1724 de 22 de febrero de 1994, en *Giur.ann.dir.ind.*, 1994, n.º 3021; App. Roma 24 de noviembre de 1997, en *Giur.ann.dir.ind.*, 1998 n. 3783; Trib. Milano 15 de octubre de 1987, en *Giur.ann.dir.ind.*, 1987 n. 2203; App. Milán 20 de mayo de 1986, en *Riv. dir.Ind* 1987, II, p. 321; Trib Roma, 25 de febrero de 1988, en *Giur.ann.dir.ind.* 1988, n. 2299; para la doctrina conforme véase SORDELLI, *Marchio e secondary meaning*, Giuffrè, Milán 1979; OLIVIERI, *Il secondary meaning*, en MARASÀ-MASI-OLIVIERI-SPADA-SPOLIDORO-STELLA RICHTER, *Commentario tematico della legge marchi*, p. 201 ss.

²⁴ Sobre esta idea en detalle, vid. GÓMEZ SEGAGE, J.R., *Fuerza distintiva y secondary meaning*, en *Cuadernos de derecho y comercio*, ISSN 1575-4812, N.º 16, 1995, pág. 191 – 194.

distintiva no pueda producir efectos jurídicos al tratarse de un signo que debe permanecer en el libre uso general en el tráfico. Este sería el supuesto del denominado *secondary meaning de facto*²⁵.

A la vista de lo expuesto, se trataría de analizar si la barra de labios *Rouge de Guerlain* había adquirido, como consecuencia de su uso en tráfico, fuerza distintiva sobrevenida (*secondary meaning*), con efecto jurídico relevante, al no tratarse de una forma tridimensional con función técnica o que tuviera un valor sustancial sobre el producto, aspectos que son comentados seguidamente.

V. ASPECTOS COLATERALES DE LA SOLICITUD DE REGISTRO: MOTIVOS DE DENEGACIÓN ABSOLUTOS

Cabe recordar que no se ha tomado en consideración la hipótesis de que la marca no sea registrable debido a obstáculos relacionados con su naturaleza, funcionalidad o por razones de carácter sustancial, que constituyan límites absolutos al registro del signo distintivo, aspectos que son analizados brevemente a continuación.

No es éste el lugar para abordar individualmente los límites absolutos al registro del signo como marca, puesto que ello excedería el objetivo de este trabajo. Baste por ello tan solo indicar que la EUIPO no planteó duda alguna sobre si el signo estaba dotado de un atractivo singular o de una funcionalidad técnica particular capaz de impedir 1) que los potenciales consumidores rastrearan la marca hasta su origen empresarial, ya que prevalecería el aspecto del valor estético como elemento de elección en la compra (hipótesis del signo altamente atractivo); 2) que los competidores actuales o potenciales comercializaran un producto que inevitablemente contiene aspectos técnicos no presentes en las barras de labios fabricadas hasta el momento. No obstante, seguidamente se plantean algunos comentarios sobre las anteriores cuestiones para clarificar los argumentos que pueden sostenerse a favor del registro de la forma tridimensional como marca respecto de la forma de la barra de labios de *Guerlain*.

²⁵ V. siguiendo a la doctrina americana sobre la materia, GÓMEZ SEGADE, «Fuerza distintiva y secondary meaning», cit., pág. 193.

V.I. Sobre el carácter funcional de la forma del producto

El apartado e) del art. 5 de la LM²⁶ indica que no podrá registrarse como marca «*Los constituidos exclusivamente por la forma u otra característica impuesta por la naturaleza misma del producto o por la forma u otra característica del producto necesaria para obtener un resultado técnico*²⁷, o por la forma u otra característica que dé un valor sustancial al producto»²⁸. A la vista de ello, si la forma del producto cumple una función técnica, no será posible registrarla como marca tridimensional²⁹; incluso se ha considerado que incluso la prohibición alcanza no solo a la única forma posible, sino también cuando las formas sean varias pero el número escaso o limitado³⁰.

A la vista de ello, aplicándolo al asunto *Guerlain*, una de las características técnicas de que está dotada la barra de labios *rouge de Guerlain* es la presencia de un doble espejo en el interior del estuche, que puede abrirse mediante una bisagra; este elemento funcional no fue objeto de una representación gráfica por parte de la sociedad *Guerlain* en el momento de la presentación de la solicitud de registro; tampoco se adjuntó a ésta una descripción en este sentido. Además, el consu-

²⁶ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, De Marcas, BOE núm. 294, de 08/12/2001.

²⁷ esta forma de prohibición absoluta afecta principalmente a aquellos signos de forma que poseen una ventaja o mejora apreciable en el ámbito del uso, fabricación, resistencia, costes de fabricación y características técnicas similares. Así, LEMA DEVESA, C. y BOUZA LÓPEZ, M. A., Las prohibiciones absolutas del registro de marcas, en Concepción Rodríguez (dir), Ley de Marcas [CGPJ], Madrid, 2004, pp. 261 ss; MARCO ALCALÁ, L.A., Artículo 5. Prohibiciones absolutas, en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir), Comentarios a la ley de Marcas [Aranzadi], 2 ed., Cizur Menor, 2008, p. 204.

²⁸ El concepto de valor sustancial no debe interpretarse únicamente en términos económicos, sino también en términos de atractivo, es decir, la probabilidad de que un producto sea adquirido por su diseño específico. No obstante, según la sentencia Gömböc, este concepto no alude a la reputación o utilidad, puesto que la restricción se aplica solo si el diseño incrementa el valor del producto, excluyendo otros aspectos como la reputación o las características técnicas. El valor trasciende la estética o decoración del diseño del producto; se deben tener en cuenta factores adicionales, como la naturaleza de la categoría del producto, el valor artístico del diseño, su singularidad frente a otros diseños habituales en el mercado o una estrategia de promoción enfocada en las cualidades estéticas del producto. Asimismo, que el diseño contribuya al valor sustancial del producto no excluye que otras características también puedan proporcionar un valor sustancial, como la seguridad o la comodidad. Esto se refleja en la decisión del TJUE (Sala Segunda) del 18 de septiembre de 2014, caso C-205/13, Hauck contra Stoke (TJUE 2014, 349).

²⁹ Vid. LOBATO GARCÍA MIJAN, M., «Comentario a la Ley 17/2001, De marcas», ed. Civitas, 2002, pág. 244.

³⁰ Vid. MARCO ALCALÁ, L.A., «Art. 5. Prohibiciones absolutas», pág. 178 y ss., en AAVV, «Comentarios a la Ley de Marcas», dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano, cit.,; Lobato García Mijan, M., «Comentario ...», cit., pág. 244.

midor, al examinar el producto desde el exterior, tal como aparece en el estante, no puede captar este aspecto de carácter técnico-funcional. Por consiguiente, el registro del producto no se vería limitado por motivos de denegación absolutos derivados de la presencia de determinados elementos técnicos contenidos en el producto.

V.II. Sobre el valor sustancial de la forma del producto

También cabe mencionar brevemente aquí el aspecto del valor sustancial del producto. Conforme a la normativa, se impide la registración si el signo consiste exclusivamente en la forma que da valor sustancial al producto³¹. Así, el apartado e) del art. 5 de la LM³² indica que no podrá registrarse como marca *«Los constituidos exclusivamente por la forma u otra característica impuesta por la naturaleza misma del producto o por la forma u otra característica del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o por la forma u otra característica que dé un valor sustancial al producto»*.

La interpretación más acreditada y presente en la jurisprudencia considera que el valor sustancial debe referirse a algo económicamente relevante; piénsese en un material precioso presente en la naturaleza o en el objeto de una sofisticada creación artificial (es el caso del producto *Gömböc*); en cualquier caso, como sostiene la autorizada doctrina italiana³³ y española³⁴, el valor sustancial del producto (o servicio) puede ser atributivo de un nivel muy elevado de «belleza» y «atractivo», pero no «excesivamente» elevado.

En otras palabras, esta teoría considera que, para que una marca pueda registrarse, no puede ser tan atractiva que induzca al consumidor a adquirirla únicamente sobre la base de esta característica estética (artística, tecnológica, científica, etc.), identificándose el producto y la marca³⁵; si así fuera, el origen empresarial quedaría relegado a un segundo plano -o incluso excluido- para dejar espacio a las cualidades estéticas del producto, que constituirían el único motivo que llevaría al consumidor a adquirirlo.

³¹ Vid. MARCO ALCALÁ, L.A., «Art. 5. Prohibiciones absolutas», pág. 178 y ss., en AAVV, «Comentarios a la Ley de Marcas», dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano, cit., pág. 180 y ss..

³² Ley 17/2001, de 7 de diciembre, De Marcas, BOE núm. 294, de 08/12/2001.

³³ GHIDINI, G., *Una nota sul marchio di forma*, Rivista di diritto industriale, 2009

³⁴ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., Tratado sobre Derecho de Marcas, Marcial Pons, 2001

³⁵ Vid. LOBATO GARCÍA MIJAN, M., «Comentario ...», cit., pág. 246 y 247.

En el presente caso, asunto *Guerlain*, el valor sustancial del producto queda excluido, ya que no existe ninguna característica sustancial, entendida en el sentido expresado anteriormente, capaz de influir en la elección del consumidor. En efecto, el aspecto estético de la barra de labios de *Guerlain* no se caracteriza, por ejemplo, por una carcasa engastada con piedras preciosas, ni los espejos internos, que no son visibles sin un procedimiento particular; son capaces de desviar la elección del consumidor hasta el punto de descartar cualquier hipótesis alternativa de compra.

La forma de la barra de labios *Guerlain* puede definirse como una variante de las formas tradicionales que suelen encontrarse en el mercado; en los estantes de las tiendas y boutiques que venden este tipo de productos, la principal característica relativa a la forma es su «verticalidad», es decir, la estructura de la base de la barra de labios destinada a permitir que el producto se coloque en posición vertical, sin ayuda de elementos adicionales (por ejemplo, una estructura caracterizada por un plano con orificios del mismo tamaño que el diámetro de la barra de labios, que permite colocarla en posición vertical).

Según la resolución del Tribunal, el hecho de que la estructura de la barra de labios se considere una mera variante con respecto a la gran mayoría de barras de labios existentes en el mercado no significa que dicho producto deba considerarse desprovisto de carácter distintivo³⁶. Paradójicamente, puede darse el caso de que una modificación considerable de un producto con respecto a su línea «clásica» no dé lugar a una variante digna de mención, con la consecuencia de que la marca de forma no pueda considerarse distintiva.

Por otra parte, incluso una ligera variación de una determinada parte del producto que se pretende registrar como marca de forma puede tener como efecto la creación de una nueva forma, que se desvía considerablemente de la línea «ordinaria» (es decir, de las normas y costumbres del sector pertinente) de dicho producto. Por lo tanto, puede concluirse que no es el «alcance» de la modificación con respecto al producto lo que determina si el producto es distintivo o no, sino el efecto que la modificación tiene en la elección del consumidor.

³⁶ SALAMONOWICZ, M., *Product's Shape Distinctiveness as a Condition for the Registration of a Three-Dimensional European Union Trademark: Partially Approving Commentary on the Judgment of the General Court of the European Union of 14 July 2021 in Case T-488/20 Guerlain v European Union Intellectual Property Office (EUIPO)* (OJ C 320, 28.9.2020), *Studia Iuridica Lublinensia*, vol 31, 2, 2022, p. 294

VI. MOTIVACIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE EL CARÁCTER DISTINTIVO DE LA MARCA DE FORMA *GUERLAIN*: CONSIDERACIONES CRÍTICAS

En el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia, contrariamente a la resolución de la Sala de Recurso, consideró que la variante con respecto al género da lugar al carácter distintivo y, por tanto, la forma del producto es merecedora de registro.

VI.I. Sobre el carácter horizontal de colocación de la barra de labios *Guerlain*

El tribunal recoge la alegación de la demandante (apartado 26 de la sentencia) según la cual el producto, al no tener una estructura que le permita mantenerse de pie en los estantes de las tiendas, sino que sólo puede colocarse horizontalmente en el estante, tiene la naturaleza de un producto distintivo en el mercado.

Este argumento parece bastante débil, ya que, si bien es cierto que la barra de labios *rouge* de *Guerlain* no puede colocarse verticalmente, debe considerarse, no obstante, que las barras de labios de otros fabricantes, que normalmente se exponen verticalmente en el escaparate, podrían, al igual que la barra de labios de *Guerlain*, colocarse horizontalmente, lo que llevaría a la conclusión de que el carácter distintivo de la barra de labios ovalada de *Guerlain* sólo sería aparente, basándose en aspectos vagos.

Además, la sociedad *Guerlain*, a efectos de la solicitud de registro, presentó un documento que contenía varias imágenes de la barra de labios, ninguna de las cuales estaba colocada horizontalmente. Esto indica que el solicitante pretendía representar gráficamente la imagen de la barra de labios dando más importancia al aspecto de la forma que al de la colocación en el espacio (vertical u horizontal).

VI.II. Sobre la forma ovalada en relieve de la barra de labios de *Guerlain*

Otro aspecto que la recurrente reprochó a la Sala de Recurso es que no tuviera en cuenta que (apartado 30 de la resolución del Tribunal de Primera Instancia) el pintalabios «[...] tiene una pequeña forma ovalada en relieve, que nunca está presente en lo que constituye la norma y la costumbre en el sector de que se trata y que la Sala de Recurso

ignoró este elemento en su apreciación global». Una vez más, la alegación de la recurrente parece débil. En efecto, la «*pequeña forma ovalada en relieve*», en lugar de ser un aspecto relacionado con la marca de forma, podría ser un mero aspecto ornamental³⁷, que cualquier fabricante de barras de labios podría aplicar, obviamente con un *diseño* diferente y original, en su barra de labios. Además, la demandante no tenía intención de presentar ninguna marca de posición consistente en esa forma en relieve, probablemente consciente de que la Oficina de Registro no accedería a la solicitud alegando, una vez más, la falta de carácter distintivo³⁸.

Además, señala el Tribunal de Primera Instancia, la Sala de Recurso (apartado 36 de la resolución) confirmó la resolución denegatoria de la Oficina de Registro, señalando que la forma «ovalada» de la barra de labios constituía «*un elemento técnico funcional y meramente decorativo, sin que pudiera percibirse como un indicador de origen*».

Esta afirmación merece ser comentada. En efecto, no está claro por qué la forma oval es un elemento técnico-funcional; si así fuera, el signo correría el riesgo de no poder ser registrado porque la forma estaría comprendida en uno de los tres motivos absolutos de denegación de registro previstos en el artículo 4, letra e), de la Directiva 2015/2436 de la UE³⁹; sin embargo, ni la Oficina de Registro ni la Sala

³⁷ Sobre este tema, véase Sala de Recurso 4 de septiembre de 2017, Roberto Coin S.p.A. c. EUIPO, TR 2151/2016-5.

³⁸ Profundizando en este aspecto, podría considerarse que, en virtud del principio de absorción, en lugar de referirse a una marca de posición presunta (que no es objeto de una solicitud de registro individual), la forma global de la marca constituida por la barra de labios prevalecería en todo caso sobre el elemento secundario, no particularmente distintivo, constituido por la «*pequeña forma ovalada en relieve*»; en otras palabras, el carácter distintivo de que goza la forma de la barra de labios es tal que pone en segundo plano (es decir, absorbe) cualquier marca presente en el producto y dotada de un menor grado de carácter distintivo. La doctrina jurídica establece que es crucial que la ubicación específica de una marca esté claramente definida. Esto se evidencia en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia del 8 de octubre de 2020, donde el signo se coloca siempre en una posición fija en los vehículos destinados al servicio de transporte para el cual se registró la marca. Para más información, véase el trabajo de DEL MAROÑO GARGALLO, M., Marcas no tradicionales. Especial referencia la marca patrón, la marca de posición y la marca de color, publicado en Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo de 2023), Volumen 15, Número 1, página 496 (nota 15), que recuerda el caso TJUE del 8 de octubre de 2020, Aktiebolaget Östgötatrafiken, C-456/19 (ECLI:EU:C:2020:813).

³⁹ Esta disposición reza como sigue Será denegado el registro o, en el supuesto de estar registrados, podrá declararse la nulidad de: e) los signos constituidos exclusivamente por: i) la forma u otra característica impuesta por la naturaleza misma del producto, ii) la forma u otra característica del producto necesaria para obtener un resultado técnico, iii) la forma, u otra característica que dé un valor sustancial al producto;

de Recurso han planteado ese aspecto de la denegación de registro. Además, para ser precisos, la forma ovalada de la carcasa no constituye desde un punto de vista ontológico un elemento técnico-funcional del producto, ya que una barra de labios bien podría fabricarse con cualquier forma externa (paralelepípedo, cúbica, semicilíndrica, etc..) sin que ello afectara a su uso por parte del comprador.

VI.III. «Carácter acumulativo» de los elementos distintivos

Un aspecto digno de atención y de interés doctrinal lo expone el Tribunal General en el apartado 31 de la resolución; la recurrente alega que la Sala de Recurso no tuvo en cuenta el «carácter acumulativo» de los elementos distintivos; este aspecto -añade *Guerlain*- adolece de cierta falta de claridad cuando se sostiene que la suma de varios elementos que se apartan «de la norma y del sector de que se trate» da lugar a un carácter distintivo mayor que si el elemento que caracteriza la marca fuera único. La falacia de tal afirmación es evidente: en realidad, puede darse el caso de que una gran variedad de elementos que componen un producto no sean capaces de atribuirle un carácter distintivo suficientemente elevado, mientras que, por el contrario, un único elemento presente en el producto sea capaz de atribuirle un carácter distintivo frente a otros productos presentes en el mercado. Por lo tanto, en el marco de la determinación del carácter distintivo de un signo, ya sea de forma o de cualquier otro tipo, no se trata de una cuestión de «cantidad», sino de «calidad».

En cuanto a las marcas de forma, parece oportuno observar que el consumidor rara vez consigue distinguir el signo tridimensional en ausencia de otros elementos que puedan reconducir el producto a su origen empresarial. De hecho, la marca tridimensional nunca suele ser el único signo que el fabricante utiliza para distinguir el producto; por lo general, se insertan otros signos tradicionalmente comprensibles para el consumidor medio, como signos denominativos y gráficos. Éste también es el caso si la marca de forma posee requisitos de *novedad e innovación* que confieran al producto un componente distintivo relevante⁴⁰.

⁴⁰ Para más información sobre el tema de las marcas de forma que connotan un determinado producto en ausencia de la adición de otros signos distintivos, véase Tribunal General de la UE 3.12.2019 T-658/18 *Hastens Sanger AB* c. EUIPO; la citada sentencia se pronuncia negativamente sobre la solicitud de registro de un objeto de forma bidimensional (que, sin embargo, es incuestionablemente clasificable como signo de forma) consistente en cuatro rectángulos de igual tamaño, cada uno con una tonalidad diferente de azul, pero sin ningún elemento denominativo o gráfico.

En efecto, el citado requisito de la *novedad* parece poco adaptado al objeto de las marcas; la recurrente afirma que, junto con el carácter innovador del producto, constituye un «índice especialmente pertinente» a efectos de apreciar la admisibilidad y el reconocimiento del signo. Ciertamente, este elemento es importante desde el punto de vista del carácter distintivo del signo, pero no es un requisito necesario e indispensable a efectos de la identificación de la marca. En efecto, existen en el mercado numerosos signos registrados que, aunque desprovistos de novedad, se apartan significativamente de la norma y de los usos del sector. Por lo tanto, puede afirmarse que la novedad debe apreciarse en cada caso concreto y que no existe certeza alguna de que una barra de labios con forma de casco o de cuna de bebé tenga más probabilidades de ser memorizada por el consumidor que un tipo de barra de labios que carezca de esa forma «fantasiosa».

Debe añadirse que el propio Tribunal General (apartado 40), en relación con la alegación de la recurrente sobre la existencia de los requisitos de «novedad» y «originalidad» de la forma tridimensional, afirma que «según la jurisprudencia, la apreciación del carácter distintivo de una marca de la Unión no se basa en la originalidad o falta de uso de dicha marca en el sector al que se refieren los productos [...]»⁴¹.

Otra cuestión en la que se centra la atención del autor aparece al final del apartado 31 de la resolución, donde el Tribunal General vuelve a referirse a las alegaciones de la recurrente según las cuales la facilidad de memorización de la forma controvertida demuestra que ésta es percibida como un signo distintivo, en la medida en que permitiría precisamente al público «repetir la experiencia» (es decir, volver a comprar el producto) y ello «queda demostrado [...] por la reacción de la prensa y de la opinión pública» que, según *Guerlain*, mostraron una especial sensibilidad ante el carácter «revolucionario» de dicha forma.

Esta afirmación de *Guerlain* es un tanto discutible a efectos del reconocimiento del carácter distintivo de la marca de forma en la medida en que, en primer lugar, no es demostrable (o, en todo caso, no ha sido demostrada) por la recurrente; ¿se adjuntaron los resultados obtenidos de cuestionarios específicos sobre la capacidad de la barra de labios para distinguirse de otras? En segundo lugar, parece claro

⁴¹ La resolución, en este punto, se remite a la sentencia de 5 de febrero de 2020, *Hickies/EUIPO*, relativa a la forma de un cordón de zapato, T-573/18, EU:T:2020:32, apartado 63; el TPI añade que la mera novedad de la forma de un producto no es suficiente para permitir «ex se» el registro del signo de forma, ya que el criterio decisivo para que un signo pueda ser registrado es la capacidad de esa forma para constituir una indicación del origen empresarial.

que la publicidad del producto a través de los medios de comunicación de masas es una mera política de *marketing* y no una elección de los editores y periodistas para divulgar las características intrínsecas y sobre todo extrínsecas que lo distinguen. En definitiva, existió una campaña publicitaria que permitió al producto gozar de un cierto grado de reconocimiento dentro del mercado de referencia.

VII. BREVES CONCLUSIONES FINALES

Como se ha expuesto en el trabajo, la marca de forma de la empresa *Guerlain* consta de dos partes, una superior ligeramente curvada y otra inferior con una superficie plana. El primer cuarto de la longitud contiene una pequeña forma ovalada en relieve.

En la fase administrativa, la EUIPO (en particular, la Sala de Recurso) señaló que la forma de la barra de labios era «semicilíndrica» y, como tal, no era especialmente distintiva por tratarse de una forma muy extendida y ya existente en la industria cosmética.

Contrariamente a la opinión de la EUIPO, el Tribunal de Primera Instancia consideró, por las razones enumeradas, que la forma de la marca no era «semicilíndrica», ya que no presentaba ninguna superficie plana (delante de la superficie tubular) que pueda dar al lápiz de labios tal forma. En otras palabras, *Guerlain* había diseñado una forma que no era geoméricamente atribuible al semicilindro.

En consecuencia, en su resolución de 14 de julio de 2021 dictada en el asunto T-488/20, entre la empresa *Guerlain* y la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), la Sala Quinta del Tribunal de Primera Instancia, a la luz de las consideraciones que se han puesto de relieve en este comentario, y que se refieren principalmente al hecho de que la forma tridimensional de la barra de labios es particularmente fantástica y se aparta significativamente de los estándares del sector al ser comparada, entre otros, con el casco de un barco o con una cuna, «fácilmente memorizables» dentro del sector de las barras de labios por un público objetivo con un nivel de atención medio-alto, estima los motivos invocados por la demandante y declara que procede anular la resolución de la Primera Sala de Recurso de la EUIPO de 2 de junio de 2020 (asunto R 2292/2019-1). Además, se condena a la EUIPO al pago de las costas en que haya incurrido la demandante, incluidas las correspondientes al procedimiento ante la Sala de Recurso.

A la luz de estas consideraciones, estimo que la decisión del Tribunal de Justicia de anular las resoluciones anteriores y considerar

que la barra de labios *Guerlain Rouge* posee un grado de carácter distintivo necesario para permitir su registro es discutible, ya que, si bien es correcto afirmar que la forma de la barra de labios es particularmente rica en elementos que no están presentes en la multitud de barras de labios existentes en el mercado, parece temerario afirmar que la desviación es realmente tan llamativa; Una vez establecido que el pintalabios tiene una forma similar a las descritas anteriormente, es decir, un barco, una cuna y un lingote de oro, no puede afirmarse que responda a una de las formas expresadas anteriormente; probablemente habría sido distintivo si hubiera tenido, por ejemplo, una forma que reprodujera los labios carnosos de una actriz que se ha hecho famosa por esta peculiaridad física.

Además, debe considerarse superfluo desde el punto de vista del carácter distintivo (pero también de la novedad) que la barra de labios no esté colocada verticalmente y que tenga una pequeña decoración, ya que ello forma parte, en mi opinión, de la lógica normal de creación de un producto cosmético que no sólo debe ser funcional, sino también bastante atractivo.

Y también, aunque el público suele reconocer de inmediato las marcas denominativas o de diseño, no se puede afirmar lo mismo con certeza cuando la marca se fusiona con la apariencia externa del producto⁴².

Otro factor que, en mi opinión, apoya mi decisión reside en la observación de que el pequeño espejo de la barra de labios está contenido en su interior y, por lo tanto, no es visible desde el exterior del producto; esto significa que no se induce al comprador potencial a comprar la barra de labios en virtud de esta característica que, de hecho, está oculta; y, en cualquier caso, no es infrecuente que una barra de labios tenga este dispositivo dentro del envase; de ello se deduce que existe una falta de novedad (y yo añadiría de innovación).

⁴² CGUE 9.10.2002, (marca de color naranja) [2002] ECR II-3856 e 3857; el caso trataba la cuestión del color único, pero creo que también puede tener efectos hacia otras formas de marcas no convencionales; v. también CGUE 12.07.2012 (Smart Technology ULC/UAMI) citando CGUE Procter & Gamble/UAMI, par. 36; UAMI/ Erpo Möbelwerk, par. 34 e Audi/UAMI par. 37. En este caso, el TJUE ha rechazado la marca que consiste en el eslogan publicitario «Wir machen das besondere Einfach», debido a que el público objetivo no identifica el origen comercial del producto. Esta decisión implica que el carácter distintivo debe evaluarse considerando, por un lado, los productos o servicios para los cuales se solicita el registro y, por otro lado, la percepción del público objetivo; así TORRUBIA CHALMETA, B., La protección jurídica de las marcas no visuales. Un estudio alejado de la teoría de las funciones de la marca, Revista de propiedad intelectual, 2013, p. 38

Además de lo dicho hasta ahora, el elemento que afecta a la cuestionabilidad de la sentencia comentada radica en la ausencia de constatación del *secondary meaning* de la marca en cuestión.

A los efectos de la demostración del *secondary meaning*⁴³ -que permitiría atribuir efecto distintivo a la barra de labios *Rouge de Guerlain* - no es posible prescindir de la demostración de cómo el signo es percibido como tal por la base de consumidores⁴⁴. Además de este aspecto, que podríamos definir de carácter «demoscópico», la jurisprudencia comunitaria ha señalado una serie de factores destinados a determinar la existencia de un significado secundario en relación con un signo; entre ellos, la cuota de mercado que poseen los productos distinguidos por el signo, la duración del uso, la extensión geográfica y el alcance de las inversiones publicitarias, las declaraciones de las cámaras de comercio u otras asociaciones profesionales⁴⁵; Se trata sólo de enumerar algunos de los índices detectores de la existencia de un significado secundario; en realidad, más que de «índices», debería hablarse de «indicios» detectores, ya que deben apreciarse con cautela y de manera circunstancial y en su conjunto.

En el curso del procedimiento no se adjuntan tales elementos a las pruebas, ni tampoco aparecen en la resolución de los Tribunales comunitarios, lo que apunta de nuevo a la ausencia de *secondary meaning*⁴⁶ por parte de la barra de labios *Rouge de Guerlain*.

En conclusión, existen diversos y decisivos elementos que llevan a dudar de la corrección de la resolución y, por tanto, del derecho de la demandante a registrar el signo consistente en una barra de labios.

⁴³ En este sentido, es fundamental el estudio italiano realizado por FLORIDIA, G. - MINNECCI, U., *Secondary meaning y indagini demoscopiche*, en Riv.dir.Ind. 2018, VI, pp.459 ss., (nt.70), donde, según los Autores, emerge plenamente la necesidad de observar la realidad fáctica.

⁴⁴ En este sentido V. TAVOLARO, M., *Marchi di forma e secondary meaning*, en Dir.Ind. 2007, VI, pp. 537-547; en la misma línea de onda, SARTI, D., *I marchi di forma fra secondary meaning e funzionalità*, en Studi in onore di Adriano Vanzetti, Giuffrè, 2004, vol. II, p. 1426 (nt. 76).

⁴⁵ V. TJUE 4 de mayo de 1999 asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97 «Windsurfing Chiemsee case» puntos 51-52; principio confirmado TJUE 18 de junio de 2002 asunto C-299-99 (afeitadora Philips), punto 60; TJUE 22 de junio de 2006 asunto C-25/05P en el asunto «butterfly candy» punto 75; Tribunal de Primera Instancia UE secc. IX 19 de junio de 2019 asunto T-307/17 «Adidas three parallel stripes», punto 109.

⁴⁶ GÓMEZ SEGADE, J. A., *Fuerza distintiva y «secondary meaning» en el derecho de los signos distintivos*, en Cuadernos de derecho y comercio, ISSN 1575-4812, N° 16, 1995, págs. 175-200

VIII. BIBLIOGRAFIA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «*Funciones de la marca*», en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Marcas*, Aranzadi, 2003
- DEL MAROÑO GARGALLO, M., «*Marcas no tradicionales. Especial referencia la marca patrón, la marca de posición y la marca de color*», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2023), Volumen 15
- DÍAZ VELASCO, M., «*Los envases y recipientes como marcas y como modelos industriales*», en *Revista de la Propiedad Industrial*, n. 1, 1953
- EDEMBOROUGH, M., www.intellectualpropertymagazine.com/legal_updates/jaguar-land-rover-ltd-v-ineos-industries-holdings-ltd-2020-ewhc-2130-ch-143510.htm
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., «*Tratado sobre Derecho de Marcas*», Marcial Pons, 2001
- GHIDINI, G., «*Una nota sul marchio di forma*», *Rivista di diritto industriale*, 2009
- GÓMEZ SEGADE, J. A., «*Fuerza distintiva y «secondary meaning» en el derecho de los signos distintivos*», en *Cuadernos de derecho y comercio*, ISSN 1575-4812, Nº 16, 1995
- LOBATO GARCÍA MIJAN, M., «*Comentario a la Ley 17/2001, De marcas*», ed. Civitas, 2002
- LEMA DEvesa, C. y Bouza López, M. A., «*Las prohibiciones absolutas del registro de marcas*», en Concepción Rodríguez (dir), *Ley de Marcas [CGPJ]*, Madrid, 2004
- MARCO ALCALÁ, L.A., «*Art. 5., Prohibiciones absolutas*», en AAVV, *Comentarios a la Ley de Marcas*, dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano
- MATHÉLY, P., «*Le droit français des signes distinctifs*», Paris, 1984
- OLIVIERI, G., «*Il secondary meaning*», en *Commento tematico della legge marchi*, en *Commento tematico della legge marchi*, en Marasà, G.-Masi, P.-Olivieri, G.-Spada, P.- Spolidoro, M. S.- Stella Richter Jr., M., Giappichelli, 1998
- OTERO LASTRES, J. M., «*La prohibición de registrar como marca la forma que da un valor sustancial al producto*», en ADI 28 (2007-2008)
- REY, M., VILLAR, A., «*El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea*», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2014), vol. 6

- SALAMONOWICZ, M., «*Product's Shape Distinctiveness as a Condition for the Registration of a Three-Dimensional European Union Trade-mark: Partially Approving Commentary on the Judgment of the General Court of the European Union of 14 July 2021 in Case T-488/20 Guerlain v European Union Intellectual Property Office (EUIPO)*» (OJ C 320, 28.9.2020), en *Studia Iuridica Lublinensia*, vol 31, 2, 2022
- SARTI, D., «*I marchi di forma fra secondary meaning e funzionalità*», en *Studi in onore di Adriano Vanzetti*, Giuffrè, 2004, vol. II
- SORDELLI, L., «*Marchio e secondary meaning*», Giuffrè, Milán 1979
- TAVOLARO, L., «*Marchi di forma e secondary meaning*», in *Dir. Ind.* 2007, VI
- TORRUBIA CHALMETA, B., «*La protección jurídica de las marcas no visuales. Un estudio alejado de la teoría de las funciones de la marca*», *Revista de propiedad intelectual*, 2013
- WOJCIESZKO-GŁUSZKO, E., «*La registrabilidad de las marcas comunitarias de alcance espacial (reseña de jurisprudencia)*», *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawa Własności Intelektualnej*, 2010, no.4

SECCIÓN ABIERTA

LA VALIDEZ DE LA TRANSPARENCIA
«EXTENSIVA» PERO «AVANZADA» DE LA
COMISIÓN DE APERTURA
Y
LA ABUSIVIDAD ESTRUCTURAL «INTERMEDIA»
DE LA COMISIÓN «TRANSPARENTE EXTENSIVA
AVANZADA» PERO «DESLEAL E INEQUITATIVA»

THE VALIDITY OF THE «EXTENSIVE» BUT ADVANCED
TRANSPARENCY OF THE ARRANGEMENT FEE
AND
THE «INTERMEDIATE» STRUCTURAL ABUSE OF THE
«TRANSPARENT, EXTENSIVE, ADVANCED» BUT «UNFAIR AND
INEQUITABLE» FEE

MARÍA TERESA BENDITO CAÑIZARES

Profesora Titular de Universidad
UNED

Sumario: *Introducción. 1. La comisión de apertura no es elemento «esencial» del contrato. 1.1. Criterios deducidos del TJUE para calificar la naturaleza de una cláusula. 1.2. ¿Eran criterios imperativos? 2. La comisión de apertura es elemento «importante» del contrato. 2.1. Proviene de una obligación primordial, aunque no guarde relación «directa» con la obligación «principal» y no tenga sanción civil. 2.2. Es una obligación «importante» en el análisis de los criterios del TJUE para evaluar los controles de transparencia y abusividad. 2.3. Antiguos argumentos: la individual llamada de atención del consumidor medio no siempre causa desequilibrio importante entre las partes, el denunciado efecto distorsionador y otras posibles incoherencias en las resoluciones*

del TJUE en la materia. 3. Reafirmados 4 de los 5 criterios obiter dicta de la STS 44/2019 para enjuiciar la transparencia «extensiva» de la comisión de apertura. 4. Las «indicaciones» para realizar el juicio de abusividad de cualquier comisión de apertura transparente o no transparente. 4.1. La buena fe del prestamista hace a la cláusula leal y equitativa. 4.2. Un desequilibrio importante de las partes en el contrato se mide por la renuncia de derechos y la entrada sorprendente de la comparación del coste de la comisión de apertura y el precio total del contrato de préstamo. 5. ¿Hay que llegar al sorprendente criterio de la comparativa entre precio del contrato y los servicios «inherentes» prestados? 6. La vuelta a la confusión de criterios de transparencia material y control de transparencia y el pretendido avance de la aplicación del criterio de la desproporción entre el gasto y servicio con exigencia de facturas. Conclusiones

Resumen: Con la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de 16 de marzo 2023 (Asunto 565/2021), se ratifica lo que algunos habían comprendido desde la STJUE Caixabank de 16 de julio 2020 acerca de que la comisión de apertura al igual que otros gastos anejos a la puesta a disposición del dinero de un crédito hipotecario o de consumo estandarizados, era elemento accesorio del contrato; y, por tanto, que fuera o no comprensible por el usuario más allá de su letra y, fuera calificada de transparente o no de forma «extensiva», el juicio de abusividad resulta inevitable.

Así, el control de «contenido» también llamado de «transparencia» que a juicio del TJUE debe realizarlo de oficio el juez remitente con sus «indicaciones» para comprobar la exigencia de buena fe y el posible «grave» desequilibrio en el contrato, a saber, si el trato dado por el profesional al usuario fue leal y equitativo y si hubo o no menoscabo grave de la posición jurídica del usuario, parece armonizado con esta nueva resolución, pero no es así. La razón principal es que el propio TJUE introduce en el examen de la obligada comprobación del desequilibrio de las partes en el contrato un control de precios sin baremo siquiera para enjuiciarlo.

Por lo dicho, aunque alabemos el avance que supone para nuestros órganos jurisdiccionales que se hayan reafirmado 4 de los 5 criterios previstos en la STS 44/2019, de 23 de enero para calibrar la transparencia «extensiva», auguramos una nueva desarmonía de resoluciones jurisprudenciales que el TS pretendió apagar cuando planteó su Auto de 10 de septiembre de 2021 al TJUE.

Nuestra propuesta para lograr una solución armónica del control de transparencia sin llegar al control de precios de esta obligación que, aceptamos, no tiene una relación directa con el elemento esen-

cial de contrato pero que es primordial para evitar un sobreendeudamiento en el mercado constituyéndola a través de la concesión de un préstamo responsable, es doble:

Por una parte, no entrar al juicio de abusividad cuando en el análisis de la transparencia «extensiva» la prestamista no se limite a expresar fielmente su concepto legal, sino que detalle singularmente los servicios «inherentes» a la concesión haciendo comprender al prestatario su naturaleza, pues aquí sería transparente de forma extensiva «avanzada» y, por tanto, no podría considerarse abusiva; y

Por otra, parar el juicio de abusividad en el momento o fase en que en la cláusula transparente «extensiva» pero «no avanzada» se compruebe por el juez que no hubo por parte de la prestamista un comportamiento leal y equitativo en el escenario de negociación individual del contrato; en definitiva, cuando simplemente no demuestre que realizó los obligados servicios «inherentes» para la gestión y concesión de ese en concreto crédito responsable, cuesten lo que cuesten. Porque, en dicho caso, podríamos afirmar que adolece de una abusividad «estructural», aunque «intermedia» porque hemos analizado su abusividad en el juicio de abusividad pero no por el hecho de que los servicios sean más o menos baratos considerar que es válida o no. Se trata de que se haya cumplido o no según reiterada jurisprudencia del propio TJUE una obligación importante en el mercado europeo, no de que el coste sea o no proporcionado al servicio que no se llevó a cabo o que se hizo de forma deficiente.

El TJUE tiene afirmado que el incumplimiento de la obligación de investigación de la solvencia del prestatario lleva aparejada la sanción de la pérdida de los intereses remuneratorios. No hay pues que acudir a un control de precios.

Con nuestra propuesta, podríamos concluir: primero, que la comisión transparente «extensiva-avanzada» es válida y no necesita juicio de abusividad, por lo que se acerca al elemento esencial del contrato; segundo, que la comisión de apertura transparente «extensiva-avanzada» y la «no avanzada, leal y equitativa» se miden con el mismo criterio 2º, se consideran no abusivas como se pone de manifiesto en las resoluciones nacionales; y, tercero, que la comisión «extensiva no avanzada realizada con deslealtad o falta de equidad», adolece de una abusividad estructural o directa, aunque «intermedia» entre el elemento esencial de poner a disposición del usuario el precio o remuneración del préstamo y los demás elementos accesorios del contrato; no hay que controlar su precio y decidir en función de si es más o menos barata, su validez o abusividad; funciona como aquella obliga-

ción principal que no informando comprensiblemente de su función en el contrato adolece de una abudividad estructural o directa y no necesita de juicio de ausividad ni de control de precios.

De esta manera, estaríamos tratando a la comisión de apertura conforme al calificativo de «importante» que emplea el propio TJUE y seguiríamos afirmando que es un *tertium genus* entre el elemento principal del contrato y los elementos accesorios al mismo.

Palabras clave: Contratos celebrados con consumidores, Préstamos hipotecarios, Cláusulas abusivas, Cláusula de comisión de apertura de préstamo, Pretensión de anulación de dicha cláusula y restitución de la cantidad abonada por ella, Carácter claro y comprensible de las cláusulas, Existencia de una normativa nacional, transparencia extensiva, Elemento esencial del contrato, Elemento importante, Elementos accesorios del contrato, Prestación simplemente relacionada con el propio objeto principal del contrato, Comisión de apertura, Consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso, cláusula clara y comprensible, Cláusula abusiva, Cláusulas predisuestas, Desequilibrio importante sobre los derechos y obligaciones de las partes, Juicio de abusividad directo o automático, Exigencias de la buena fe.

Summary: The judgment of the Fourth Chamber of the Court of Justice of 16 March 2023 (Case 565/2021) confirms what some had understood since the Caixabank judgment of 16 July 2020, namely that the arrangement fee, like other costs associated with the provision of money for a standardised mortgage or consumer credit, is an ancillary element of the contract; and, therefore, whether or not it was understandable to the user beyond its wording, and whether or not it was considered to be transparent in a «comprehensive» way, the judgement of unfairness is inevitable.

Thus, the control of the «content», also known as «transparency», which according to the CJEU should be carried out ex officio by the referring judge with its «indications» to verify the requirement of good faith and the possible «serious» imbalance in the contract, namely whether the treatment given by the professional to the user was fair and equitable and whether or not there was a serious impairment of the user's legal position, appears to be harmonised with this new decision, but this is not the case. The main reason for this is that the CJEU itself introduces a price control into the examination of the obligatory verification of the imbalance of the parties to the contract, without even providing a scale for its assessment.

Therefore, although we praise the progress made by our courts in reaffirming 4 out of the 5 criteria established in STS 44/2019 of 23 January for the assessment of «comprehensive» transparency, we predict a new disharmony of jurisprudential decisions that the SC wanted to erase when it submitted its order of 10 September 2021 to the CJEU.

Our proposal for a harmonious solution to the control of transparency, without going so far as to control the price of this obligation, which we accept is not directly related to the essential element of the contract, but which is essential to avoid over-indebtedness in the market through responsible lending, is twofold:

On the one hand, not to make a finding of unfairness if, in the analysis of «extensive» transparency, the lender does not limit itself to a faithful expression of its legal concept, but rather specifies the services «inherent» in the concession and makes the borrower understand their nature, since in this case it would be «advanced» and extensive transparency and therefore cannot be considered unfair.

On the other hand, to stop the process of unfairness at the moment or stage when, in the «extensive» but «non-advanced» transparent clause, the judge finds that the lender has not behaved fairly and equitably in the individual negotiation scenario of the contract; in short, when he simply does not prove that he has provided the obligatory «inherent» services for the management and granting of this specific responsible credit, whatever the cost may be. Because in such a case we could say that it suffers from a «structural» abuse, although «intermediate» because we have analysed its abuse in the abuse test, but not because the services are cheaper or cheaper; to consider it valid or not. The question is whether or not an important obligation in the European market has been fulfilled, according to the settled case law of the CJEU itself, not whether or not the costs are proportionate to the service not provided or provided inadequately.

The CJEU has held that failure to comply with the obligation to check the borrower's creditworthiness is punishable by loss of interest. There is therefore no need for a price control.

With our proposal, we could conclude: first, that the «extensive-advanced» transparent commission is valid and does not require a finding of unfairness, and is therefore close to the essential element of the contract; secondly, that the 'extensive advanced' transparent arrangement fee and the 'non-advanced, fair and equitable' fee are measured by the same criteria and are not considered abusive, as evidenced by national decisions; thirdly, that the 'extensive non-advanced

commission charged unfairly or inequitably' suffers from structural or direct unfairness, although it is 'intermediate' between the 'extensive non-advanced commission' and the 'unfair or inequitable commission'; and, fourthly, that the «extensive non-advanced commission charged unfairly or inequitably» is structurally or directly unfair, although it is «intermediate» between the essential element of making the price or remuneration of the credit available to the user and the other ancillary elements of the contract; its price does not have to be checked and its validity or unfairness decided on the basis of whether it is cheaper or more expensive; it functions like the main obligation, which, without providing comprehensible information on its function in the contract, suffers from structural or direct unfairness and does not require a judgement on fairness or price control.

In this way, we would treat the arrangement fee in accordance with the qualification of «significant» used by the ECJ itself, and we would continue to affirm that it is a *tertium genus* between the main elements of the contract and the ancillary elements.

Key words: Consumer contracts, Mortgage loans, Unfair contract terms, Term concerning loan arrangement fees, Application seeking a declaration of invalidity of that term and reimbursement of the amount paid on that basis, Plainness and intelligibility of the terms, Existence of specific national legislation, Transparent in a broad sense, Main subject matter of the contract, Terms ancillary to those that define the very essence of the contractual relationship, 'Important' element of the mortgage loan or credit agreement, Services which are merely associated with the main subject matter itself, Arrangement fee, The average consumer who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect, clear and intelligible contractual terms, Unfair contractual term, Terms not individually negotiated, Significant imbalance in the rights and obligations of the parties, Directly subject to the unfairness test, The requirement of good faith.

INTRODUCCIÓN

No nos queda más remedio que aceptar que la comisión de apertura, a juicio del TJUE en la reciente Sentencia Caixabank, de 16 de marzo 2023 (Asunto 565/21; en adelante, Sentencia Caixabank 2023), es un elemento que NO puede calificarse de «esencial» del contrato de préstamo. Con ella podemos decir que las dos principales razones expuestas por el TS no han tenido éxito cuando se sometieron al parecer del TJUE, a saber: que estamos ante una comisión regulada en

el sentido de que se conceptúa en la legislación con la descripción no exhaustiva de servicios cuyo cometido es cumplir por la prestamista la obligación principal de concesión de un préstamo responsable¹ y que se regula distinguiéndola de otras comisiones o gastos que emergen en el contrato de préstamo a los que se les exige por la propia normativa española que se repercutan siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

Para nosotros como otros autores² que hemos defendido siempre de un lado, que la comisión de apertura no es un elemento igual o equiparable a esos otros gastos accesorios, por lo que ocupa un lugar intermedio entre el elemento principal del contrato y éstos y de otro, que incluso la Sentencia Caixabank 16 de julio 2020 no obligaba al TS a calificar a la comisión de apertura como elemento accesorio y por tanto, a cambiar su doctrina expresada en su Sentencia de Pleno núm. 44/2019, 23 de enero³, (en adelante, STS 44/2019), las principales razones para seguir insistiendo en esto son:

Primero, que a partir del cambio de doctrina operada por el TS en su Sentencia 816/2023 de 29 de mayo⁴, (en adelante, STS 816/2023), al acatar la resolución del TJUE sobre la comisión de apertura, los criterios a emplear para el análisis de la fase de transparencia extensiva y de la fase primera del enjuiciamiento de la abusividad, se desdibujan no solo por él sino por los propios órganos jurisdiccionales en sus posteriores sentencias; en concreto o principalmente cuando examinan la materialización, a través del criterio 5º, (circunstancia de su redacción, su ubicación y su estructura) del criterio 2º en el examen de la transparencia extensiva relativo a si se dio por la prestamista la información necesaria al prestatario para que comprendiera que la carga económica que asume tras la firma de su contrato de préstamo

¹ BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo, 2022, 231-280.

² PANTALEON PRIETO, La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I), Sept. 13, 2020 Almacén de Derecho; Cap. 2 Comares Jurídico Colección: Los Libros del Almacén, Granada, 2023, entiende que tras la STJUE de 16 de julio 2020, CY, que el Pleno del TS no necesita modificar la doctrina que sentó en la Sentencia 44/2019 de 23 de enero. Sus razonamientos afirmados por un tracto de preguntas que realiza en dicha entrada serán apuntados en su lugar oportuno en este artículo.

³ Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA, ROJ: STS 102/2019, ECLI:ES:TS:2019:102.

^BBENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo 2022, pág. 257.

⁴ Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES, ROJ: STS 2131/2023. ECLI:ES:TS:2023:2131.

es la correspondiente a los servicios que responden a una naturaleza concreta: la gestión y concesión singularizada de su préstamo.

Segundo, que al propio Tribunal de Justicia no le queda más remedio que hablar de que es un elemento «importante» del contrato préstamo pues debe ser, creemos porque no lo dice, acorde con su propia jurisprudencia sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia del deudor.

Como desarrollaremos en estas páginas, es prácticamente lo mismo decir que la cláusula comisión de apertura transparente «extensiva» puede tildarse además de «avanzada», porque lleva al entendimiento detallado del funcionamiento de la cláusula, esto es, número, tipo, duración, complejidad y coste de las acciones realizadas en el preciso contrato para conocer la solvencia del cliente y concederlo, que no simple «deducción» de la naturaleza de dichos servicios, que decir que no es transparente «extensiva-avanzada» porque no se informó con detalle en el momento de la concesión del crédito pero que se ha comportado leal y equitativamente la prestamista cuando desvela en la primera fase del juicio de abusividad las actividades o servicios realizados. La razón es que en ambos casos la cláusula comisión de apertura es válida o no abusiva y utilizan el mismo criterio, del que, por otra parte, somos partidarios de homogeneizar a través de las fichas normalizadas incluyendo su detalle en la fase de la transparencia extensiva avanzada.

En cambio, estaremos ante una abusividad estructural que calificaremos de «intermedia» que no «directa» como es la de los elementos esenciales del contrato, cuando se llega a la segunda fase del juicio de abusividad y no hay prueba de la realización de las acciones de la prestamista o de simplemente de su incumplimiento⁵; porque, si demostrados los servicios inherentes, la cláusula no será abusiva y no se tendrá que controlar la posición jurídica de las partes, mientras que si no se demuestran o se demuestran ineficaces o insuficientes para conceder un préstamo responsable, causará la abusividad estructural de la cláusula; el incumplimiento de esta obligación que no siendo principal por no ser directa con la prestación esencial del contrato sí es «importante» porque el mercado debe ser preservado de un sobreendeudamiento, no se debe de ampararse en el mayor o menor precio de los servicios para decidir si se abusiva o no.

⁵ O incluso sus facturas que, como veremos, se ha planteado cuestión prejudicial al TJUE por el JPI núm. 6 de Ceuta con su Sentencia de 2 de enero 2024.

Colocar en el lugar oportuno a la cláusula comisión de apertura «transparente no avanzada y desleal e inequitativa», entre el elemento esencial del contrato y los elementos accesorios, y poder con ello hablar de que adolece de una abusividad estructural intermedia, nos permite no solo evitar la posibilidad de considerarla válida porque su precio es bajo sino salvar la dificultad técnica de entrar en el análisis del control de precios que en definitiva es entrar a apreciar lo que son sus «consecuencias económicas» que no «jurídicas», las cuales, lo aclara y creemos es un avance, que no deben residenciarse, por lo menos en cuanto a la comisión de apertura y en esta sentencia, en el juicio de abusividad sino en el de la transparencia extensiva previo.

Solo así podríamos augurar menor dificultad en la labor de nuestros órganos jurisdiccionales y, por ende, en la «pacificación» del enjuiciamiento de las comisiones de apertura, logrando un mayor grado de armonización jurisdiccional.

1. LA COMISIÓN DE APERTURA NO ES ELEMENTO «ESENCIAL» DEL CONTRATO

A riesgo de parecer tercios respecto de nuestras opiniones anteriores, insistimos en que la naturaleza de la comisión de apertura no es, pese a ser un gasto del crédito al consumo (vid. apdos. 67 y 68 STJUE 3 septiembre 2020, Asunto Profit Credit Polska SA y QJ, BW, OL y CG, (en adelante, STJUE Profit Credit Polska 2020) o del crédito inmobiliario (STJUE CaixaBank 16 de julio 2020⁶, en adelante, Sentencia CaixaBank 2020), equiparable a los demás gastos que emergen en los contratos de préstamo garantizados o no con hipoteca, aunque el TJUE en su reciente Sentencia de 16 de marzo 2023⁷, Asunto 565/21, (en adelante, STJUE CaixaBank 2023), haya declarado que no forma parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito (apdo. 20) y por ello, haya considerado que no forma parte del «objeto principal del contrato» (apdo. 24), como respuesta a la cuestión prejudicial planteada por nuestro TS en su Auto de 10 de septiembre 2021⁸. Para nosotros, es, utilizando la terminología del

⁶ Sala Cuarta, Asuntos CY y Caixa Bank (C224/19) y LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA (C259/19).

⁷ ECLI:EU:C:2023:212.

⁸ CASACIÓN núm.: 919/2019, Ponente: PEDRO JOSÉ VELA TORRES Asuntos acumulados: C-224/19 entre CY y CaixaBank y C-259/19 entre LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. El Auto fue objeto de estudio hace ya más de 2 años. Vid. BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario

propio TJUE en dicha Sentencia, un gasto «importante»⁹ o más importante que los demás y lo argumentaremos.

La verdad es que en esta resolución Caixabank 2023 el TJUE concluye sin horquilla de apreciación para el TS como órgano remitente y para aquellos órganos jurisdiccionales¹⁰ que consideraban como él que la comisión de apertura era parte del precio al mismo nivel que la remuneración del préstamo (apdo. 22 STS 44/2019), que la comisión de apertura NO forma parte del «objeto principal del contrato» (apdo. 24) porque no deriva de la prestación de la puesta a disposición del dinero por parte del prestamista, prestación considerada como la única «sustancial». Así, entiende que los servicios de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares, si bien son inherentes a la actividad de la entidad prestamista de la concesión del préstamo, no se corresponden con su obligación principal de poner a

en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo, 2022, 231-280.

⁹ Veremos que así lo acuña el apdo. 27 en concreto cuando comenta uno de los elementos para determinar la transparencia material de la cláusula.

¹⁰ Por ejemplo, la SAP GI de 15 de febrero 2023, (SAP GI 334/2023;ECLI:ES:A PGI:2023:334), que nombramos porque en realidad se produce 1 mes y 1 día antes de la STJUE objeto de este artículo, y comienza por reconocer (FD-CUARTO) que, si bien estaba siguiendo la doctrina del TS sentada en la Sentencia de 23 de enero 2019, relativa a que la comisión de apertura era elemento esencial del contrato, con la STJUE de 16 de julio 2020 (Asuntos C-224/19 y C-259/19), quedaba meridianamente claro que dicha comisión no está incluida entre las prestaciones esenciales del contrato, que el hecho de que el importe esté incluido en el coste total del préstamo hipotecario, no implica que sea una prestación esencial de éste y que debe ser objeto de control de transparencia formal, tratándose de una cláusula accesoria que exige la acreditación de los servicios prestados.

^{1a} Sentencia de la Secc. 28 AP-Madrid 437/2020, de 18 de septiembre (Ponente: Gregorio Plaza González, ROJ: SAP M 9834/2020 y ECLI: ES: APM: 2020:9834, en adelante, 28 AP-Madrid 437/2020), por mencionar una resolución que se dicta con posterioridad a la STJUE Caixabank 2020, en cambio constituye una excepción a aceptar el cambio de criterio que llevó a otros órganos judiciales como a la señalada AP-Girona; mantuvo, que la doctrina del TS sobre que la comisión de apertura es la de ser parte del precio del préstamo no representa contradicción con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, citando en su apoyo las Conclusiones del propio Abogado General Gerard Hogan de 15 de mayo 2019 en el Asunto 621/17, apdos. 37 y 38), según las que consideró que las contrapartidas a los gastos de gestión son precio del préstamo (FD-QUINTO-III-2. Cuarta). Aminoró la AP el valor de las afirmaciones del TJUE en este caso porque creyó que respondían a un planteamiento distorsionante provocado por el órgano remitente de la causa (FD-QUINTO. III.2. Cuarta. II. apdo. 20) y porque tuvo en cuenta que el rol del TS es sentar doctrina unificadora que debe de ser acatada por los demás órganos jurisdiccionales (art. 1.6 CC) y a la que el TJUE no debe tampoco contradecir imponiendo sus opiniones respecto del Derecho nacional puesto que su competencia se circunscribe a la interpretación del Derecho de la Unión (art. 267 TJUE, FD-QUINTO. III. 2. Cuarta. II).

disposición del prestatario un determinado dinero o reembolsarlo con intereses en plazos¹¹; están «simplemente relacionados con el propio objeto principal del contrato», por lo que son «de carácter accesorio» (apdo. 23). Y como debe hacer una interpretación restrictiva del art. 4.2 Directiva 93/13 por encerrar éste una disposición que fija una excepción al mecanismo de control de fondo de las cláusulas abusivas, afirma que se debe ser muy riguroso en la calificación de principal o no de la cláusula sometida a análisis (apdo. 21).

Así la Sentencia Caixabank 2023 no considera determinantes para sostener que la comisión de apertura encierre una obligación equivalente a la indiscutible obligación de poner a disposición del prestatario el dinero prestado, los dos argumentos que manejó nuestro TS para la calificación de la cláusula comisión de apertura como principal, a saber, que el concepto de comisión de apertura esté legalmente previsto e incluso que esté destacado de otros gastos que emergen cuando la concesión de un crédito hipotecario (apdo. 20); y el hecho de que se contabilice dentro del «coste total del préstamo» (apdo. 19). En efecto, puede que ninguno de los dos argumentos por sí solos convierta en esencial la cláusula comisión de apertura y propicien saltar la barrera de la doctrina de la interpretación restrictiva del art. 4.2 Directiva 93/13, pero el TJUE no repara en que el TS señala también que ambos tienen su origen en una obligación imprescindible para el mantenimiento del mercado sano y que pesa esencialmente sobre el prestamista, la evaluación de su futuro cliente pues como se ha señalado siempre por nuestra mejor doctrina¹², no estamos ante la valoración del riesgo del crédito. Lo desarrollamos más adelante en el punto 2.

El TJUE en esta sentencia Caixabank 2023 incide en cambio en mostrar esta doctrina consolidada respecto al precepto señalado, con la cita del apdo. 30 de su reciente Sentencia de 12 de enero 2023, Sala

¹¹ Por ello, cuando aborda el TJUE la segunda cuestión prejudicial planteada por el TS sobre la base del art. 4.2 Directiva 93/13, cambia la redacción y la reinterpreta diciendo que lo que realmente el TS pregunta en su Auto es sobre la transparencia de esa comisión de apertura que, como para él es un elemento accesorio del contrato y no esencial como afirma el TS, debe de situarse en el art. 5 de la Directiva 93/13 y no en el 4.2 Directiva 93/13. La razón es obvia: no hay una distinta exigencia del grado de comprensibilidad de la cláusula por parte del usuario del préstamo hipotecario ya que tanto para los elementos accesorios como para los principales del contrato ya se indicó por su parte en anteriores sentencias (cita apdo. 67 de la STJUE Caixabank 16 julio 2020 y apdo. 36 Sentencia Kiss y CIB Bank Zrt., 3 octubre 2019), que la exigencia de la transparencia es «extensiva» (apdos. 29 y 32).

¹² CUENA CASAS, Préstamo irresponsable y segunda oportunidad: ¿Puede el prestamista irresponsable bloquear la obtención de la exoneración del pasivo de su deudor concursado?, Hay Derecho, Blog Concursal, 1 de marzo de 2023.

Cuarta, (C-395/21, EU:C:2023:14, apdo. 30), cuyo litigio se refiere a los Honorarios de abogado-Principio de la tarifa por hora, (apdo. 21) en el que la vuelve a aplicar; hubiera sido suficiente haber citado los apdos. 51 y 52 de su Sentencia 10 de junio de 2021 BNP Paribas Personal Finance (Asuntos C776/19 a C/782/19), en adelante, Sentencia BNP Paribas 2021), o el apdo. 34 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, (C-186/16, EU:C:2017:703, apdo. 34), o incluso el apdo. 33 de la Sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, (C-621/17)¹³. Conforme a dicha doctrina, no entraría dentro del concepto «objeto principal del contrato», cualquier obligación que, estuviera relacionada con la obligación esencial e indiscutible del contrato, de prestar y devolver lo prestado; excedería pues de esta obligada interpretación restrictiva del precepto incluir las acciones que nuestra normativa describe en el concepto de comisión de apertura al objeto de decidir sobre la concesión o no de un préstamo; quedaría dicha obligación extramuros del concepto «objeto principal del contrato» (apdos. 21, 23 y 24 Sentencia Caixabank 2023).

Desde nuestro punto de vista dos críticas son necesarias hacer: una, que desarrollaremos en el punto 2. de este artículo y es que no se muestra coherente con su doctrina respecto de la importancia de la obligación de evaluar la solvencia del deudor; y dos, que el TJUE se molesta en reafirmar el fundamento general de dicha restricción cuando lo tenemos claro desde la Sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler/Káslerné Rabai y OTP Jelzáobank Zrt (en adelante, Kásler/Káslerné Rabai 2014)¹⁴ (apdos. 54 y 55) y repitió en posteriores como la Sentencia (Sala novena), de 26 de febrero 2015, Matei/SC Volksbank Romania SA 2015, en adelante, Matei/SC Volksbank 2015¹⁵ (apdo. 55), o la Sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank (apdo. 34); dice así:

«...del tenor del art. 4.2 de la Directiva 93/13 resulta que...la exclusión... se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación»¹⁶.

Siguiendo con el comentario a la tesis de la interpretación restrictiva del art. 4.2 Directiva 93/13 que provoca que la comisión de

¹³ ECLI : EU:C:2019:820.

¹⁴ C-26/13 (ECLI:EU:C:2014282).

¹⁵ C-143/13, (ECLI:EU:C:2015:127).

¹⁶ Se refiere, naturalmente, a la que debe existir entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida y lo subrayamos porque, como veremos después, es curioso que no deje al órgano remitente entrar en la calificación de la naturaleza de la cláusula porque no hay criterio jurídico y él entra con sus criterios propios.

apertura no entre dentro del concepto de «objeto principal del contrato», creemos oportuno también decir que no fue mencionada en la STJUE Caixabank 2020 cuyo objeto precisamente fue la calificación de una cláusula de comisión de apertura; en esta resolución el Tribunal de Justicia se limita a mencionar que tanto le daba, es decir, que tanto si estaba traspuesto el art. 4.2 Directiva 93/13 como si no, se iba a exigir la comprobación de la redacción clara y comprensiva de la cláusula y, por tanto, en el modo extensivo y no solo en el plano formal y gramatical que también era predicable del art. 5.1 Directiva 93/13 (apdos. 71 y 66)¹⁷. Podemos justificarlo por el hecho de que el Tribunal de Justicia tenía que pronunciarse sobre la oportunidad de exigir una transparencia material de la cláusula comisión de apertura cuando el órgano remitente le había hecho saber, creemos de forma distorsionada, que el art. 4.2 Directiva 93/13 no estaba traspuesto a nuestro Derecho nacional.

Obviamente tenía claro, lo acabamos de mencionar, desde su sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, en la que trataba el concepto «objeto principal del contrato» del art. 4.2 Directiva 93/13, dos cosas: primero, que dicho precepto tenía «carácter de excepción» con «la exigencia de una interpretación estricta de esta disposición» (apdos. 42, 43 y 49 Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014), (eso sí, aplicado en este caso a una cláusula que preveía que la cotización de venta de una divisa extranjera se aplicaba para el cálculo de las cuotas de devolución de un préstamo); y, segundo, que la calificación de cualquier cláusula si bien corresponde en exclusiva al tribunal nacional remitente atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones de los contratos de préstamo controvertidos en los litigios principales, así como a su contexto jurídico y fáctico, (apdo. 63), éste «puede o debe» hacerlo con los criterios que TJUE, «deduzca» del precepto (apdo. 45 Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014), se hubiera o no traspuesto en el ordenamiento jurídico nacional¹⁸. Sigue en co-

¹⁷ De hecho, cuando el TJUE analiza la segunda cuestión prejudicial planteada por el TS sobre la base del art. 4.2 Directiva 93/13, cambia la redacción y la reinterpreta (apdo. 26) diciendo que lo que realmente el TS pregunta es sobre la transparencia material de esa comisión de apertura que, como para él es un elemento accesorio del contrato y no esencial como afirma el TS, debe de situarse en el art. 5 de la Directiva 93/13 y no en el 4.2 Directiva 93/13.

¹⁸ C-26/13 (ECLI:EU:C:2014282). No obstante, en esta resolución se afirma que el alcance del control de contenido del art. 4.2 Directiva 93/13 ya se había analizado en la Sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apdo. 34). Esta Sentencia tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, mediante Auto de 20 de octubre de 2008, en el que una cláusula predispuesta de la entidad bancaria llamada «cláusula de redondeo» había sido impugnada por Ausbanc por abusiva; como

herencia con lo dicho es su Sentencia de 26 de abril 2012, Invitel 2013 en el Asunto 472/10¹⁹ (apdo. 23), en adelante, Sentencia Invitel 2013, apdo. 22, en la que, aunque en un caso distinto²⁰, se especificaba que si bien la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de cláusula abusiva del art. 3.1. y del anexo de la Directiva 93/13 fijando los criterios para ello, en realidad es el juez nacional el que puede o debe aplicarlos a la hora de pronunciarse sobre la calificación de la cláusula (esta sentencia cita el apdo. 44 de la Sentencia de 9 de noviembre 2010, VB Pénzügyi Lizing, C-137/08).

La doctrina de la aplicación restrictiva del art. 4.2 Directiva 93/13 se seguirá aplicando en las sucesivas sentencias como en la Sentencia Matei/SC Volskbank 2015 (apdos. 47-49), en la Sentencia de 20 de septiembre de 2017, en la Sentencia Andriciuc y otros, C-186/16, (en adelante, Andriciuc y otros 2017²¹ (apdo. 34), en la Sentencia Kiss y CIB Bank 2919 (apdo. 34) y en la Sentencia BNP Paribas 2021 (apdo. 53).

Por eso, llegados a este punto, cuando en la Sentencia Caixabank 2023 no se da la oportunidad al TS de mantener su doctrina, creemos necesario profundizar en los criterios que deduce el TJUE del precepto y si éstos ahora son de obligado seguimiento por el órgano judicial remitente; son dos de las preguntas que nos hemos venido haciendo estos años y más desde la Sentencia Caixabank 2020 en orden a clari-

entonces, el art. 4.2 Directiva 93/13 no había sido traspuesto a nuestro ordenamiento, la alegación de la Asociación de que por el art. 8 Directiva 93/13 podría evitar que no se entrara por el juez en un control de contenido de la cláusula porque era ubicable en el art. 4.2. que lo impedía, llevó a la afirmación del TJUE de que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible (apdo. 44).

¹⁹ Sala Primera; ECLI :EU:C:2012:242.

²⁰ Se trataba de una cláusula que estipulaba «gastos por giro» en caso de pago de las facturas por giro postal que había incorporado en su clausulado de condiciones generales la empresa Invitel que proporcionaba servicios de telecomunicaciones. De conformidad con dicha cláusula, «si el abonado paga el importe de la factura por medio de giro postal, el prestador de servicios podrá facturar los gastos adicionales derivados de este modo de pago (como por ejemplo los costes de correo)». Por otra parte, las CG no fijaban cómo deberían calcularse los gastos por giro (apdos. 18 y 19). En el caso en cuestión el Tribunal de Justicia considera que el mecanismo de modificación de los gastos de los servicios que deben prestarse al consumidor no pueden entrar en la exclusión del art. 4.2 Directiva 93/13 (apdo. 23).

²¹ ECLI:EU:C:2017:703.

ficar la naturaleza no solo específicamente de la que tratamos en estas páginas sino de cualquier cláusula.

Asumimos con ello el riesgo de que nos califiquen de no investigadores sino de simples descriptores del pasado, pero creemos que sigue siendo importante exponer las argumentaciones aún de forma resumida que el Tribunal de Justicia prima para haber llegado a la respuesta que consideramos concluyente aunque drástica. Repasar el bagaje histórico-interpretativo de la comisión de apertura nos va a permitir llegar a esta doble conclusión: que estamos en presencia de un cambio de orden de jerarquía interpretativa del Derecho nacional que supone a su vez un cambio de jurisprudencia del TJUE y que podemos reafirmar que la comisión de apertura no es un simple elemento accesorio del contrato que deba por tanto recibir su mismo tratamiento. Comenzamos:

1.1. Criterios deducidos del TJUE para calificar la naturaleza de una cláusula

A lo largo de los años, del examen de las distintas cláusulas que han sido cuestionadas ante el TJUE, éste ha deducido a nuestro modo de ver, tres criterios del art. 4.2 Directiva 93/13:

1) Que una cláusula es esencial si se refiere de forma directa a la prestación principal del contrato y, por tanto, a los conceptos por el que se expresa el art. 4.2 Directiva 93/13: «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida», por otra (en palabras del CDO. 19 de la Directiva 93/13, las que «describan [...] la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación).

Así, ha calificado como esenciales por ser conforme al concepto «objeto principal del contrato» las siguientes cláusulas:

- A) La cláusula que, contenida en un préstamo constituido en moneda extranjera, prevea que la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución de un préstamo (Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, apdos. 21 y 36)²².

²² Cuestionaba el tribunal remitente al TJUE si el concepto de «objeto principal del contrato» abarcaba todos los componentes de la contraprestación dineraria a abonar por el prestatario como la suma resultante de la diferencia entre los tipos de cambio aplicados a la entrega y a la devolución del préstamo o si únicamente corresponde a ese concepto el pago del interés nominal (apdo. 29).

- B) Las cláusulas suelo, de las que no se discute ni su licitud ni su pertenencia al art. 4.2 Directiva 93/13; son cláusulas que pueden incluirse en el concepto «objeto principal de contrato»; en principio son lícitas en cuanto a tales (apdo. 24 STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, Asuntos acumulados C-154/15²³, C-307/15 y C-308/15²⁴, Francisco Gutiérrez Naranjo (ECLI:EU:C:2016:980)²⁵ y salieron a examen del Tribunal de Justicia para que se fijara el final o consecuencia de considerar abusiva la cláusula: su nulidad sin límite de tiempo y el alcance de la transparencia exigida.
- C) La cláusula que prevea que el crédito deba reembolsarse en una determinada moneda extranjera que hemos comentado; el pago de la devolución del préstamo en moneda nacional cuando el contrato está configurado en una moneda extranjera es un elemento esencial del contrato (apdo. 55 y 57 Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, apdo. 55 y Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017;703, apdo. 38); no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor; y
- D) La cláusula que modula el precio porque hay otra cláusula por la que el prestatario puede ejercer una opción de conversión de la moneda de pago en determinadas fechas como en la Sentencia de 10 de junio 2021, BNP Paribas Personal Finance, (C-776/19 a C-782/19, apdo. 59).

²³ Interpuesto por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, mediante auto de 25 de marzo de 2015.

²⁴ Interpuestos por la Audiencia Provincial de Alicante mediante autos de 15 de junio de 2015.

²⁵ Lo que se discutió fue si son abusivas por falta de información de su funcionamiento en el mismo, su transparencia material o extensiva, principios que se encuentran formulados desde la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180; vid. sobre este aspecto de la transparencia extensiva o material BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo 2022); y la retroactividad temporal que fijó el TS en sus Sentencias 241/2013, de 9 de mayo 2013 (epígrafe 2.3, apdos. 287 y ss; cita el apdo. 59 de la STJUE RWE Vertrieb 2013 que contempla o justifica dicha limitación en el riesgo de trastornos graves y su conclusión en el apdo. 294, epígrafe 2.4) y 139/2015, de 25 de marzo de 2015, primando el principio de seguridad jurídica. La declaración de la Gran Sala fue diáfana: limitar los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, se opone al art. 6.1 Directiva 93/13.

En cambio, no se han considerado cláusulas esenciales del contrato por no poderse incluir en el concepto «relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación, un bien o servicio» (ahora empleamos la terminología de la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, apdo. 55):

- a) La cláusula que estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados del cálculo de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera realizados por el prestamista. La razón que subyace es que en este tipo de cláusula no parece que el prestamista realice ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo. (Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, apdos. 58 y 59. 2º). Y, en concordancia con ello,
- b) La que prevé el pago de una cantidad de dinero al prestamista por realizar el cálculo de la conversión de la moneda de cuenta extranjera al euro para el reembolso del préstamo concertado en moneda extranjera aunque, como hemos visto, se asume como regla general que sí es cláusula que contiene elemento esencial del contrato aquella que prevé el riesgo de tipo de cambio, como en las SSTJUE de 20 de septiembre de 2018, OTP Bank y OTP Faktoring, (C-51/17, EU:C:2018:750, apdo. 68), de 14 de marzo de 2019, Dunai, (C-118/17, EU:C:2019:207, apdo. 48), y de 10 de junio 2021, BNP Paribas Personal Finance, (C-776/19 a C-782/19, apdo. 57).
- c) La cláusula que permite al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés; no es elemento esencial del contrato porque es objetivo de la Directiva 93/13 servir de «lista gris» de las cláusulas que pueden considerarse abusivas y porque dicho mecanismo de ajustar el precio del tipo de interés funciona como accesorio del mismo y así dicha cláusula no podría separarse de la cláusula esencial (Sentencias de 26 de febrero de 2015, Matei/SC VolksBank, apdos. 54, 60 y 62).
- d) La «comisión de riesgo» luego denominada «comisión de administración del crédito» se analiza en la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015²⁶. El TJUE la calificó (apdo. 64) de no esen-

²⁶ Porque precisamente habiendo discrepancia entre el Tribunalul Specializat Cluj, que conoce del recurso de casación donde era un elemento esencial y algunos tribunales rumanos que consideraban que no se podía ubicar en los conceptos del art. 4.2 Directiva 93/13 (apdo. 34), el Tribunal remitente consideró incluso aunque se hubiere llegado a un acuerdo por las partes, que era una cuestión de orden público (apdo. 40).

cial. Recordando primero los criterios generales que menciona previamente en el apdo. 54 de la resolución y que deben ser tenidos en cuenta por el tribunal remitente (la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo y a su contexto jurídico y de hecho) considera que pese a que la finalidad de dicha comisión (apdo. 67) es garantizar el reembolso del préstamo como contrapartida a la puesta a disposición de su importe, que (apdos. 70 y 71), ciertos elementos de la documental llegada al Tribunal le llevan a pensar que no es elemento esencial, como, por ejemplo, que el banco no presta ningún servicio por el que deba cobrarse la comisión y que no hay riesgo que motive dicha obligación que no esté ya cubierta con la hipoteca.

2) Que no es o no puede ser criterio determinante para considerarla esencial o que guarde relación directa aquella cláusula que reproduzca el concepto legalmente previsto aunque sean definiciones provenientes del propio legislador europeo, como es la «Tasa Anual Equivalente» (TAE) del art. 2.i) de la Directiva 93/13 o el «coste total del precio para el consumidor» que emplea el art.3 g) Directiva 2008/48²⁷; la razón está en que el propio Tribunal interpreta que el legislador define de forma «particularmente amplia» pues su objetivo primordial es asegurar el principio de transparencia a través de facilitar el conocimiento por el prestatario de todos los gastos o costes a su cargo, se realicen al prestamista o a terceros (apdo. 48 de la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015) y además, debe de seguirse su doctrina de la interpretación restrictiva y autónoma del art. 4.2 Directiva 93/13 (apdos. 49 y 50 de la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015).

Tampoco es criterio determinante que la cláusula consista en un concepto previsto contractualmente, como por ejemplo el llamado «variaciones significativas en el mercado financiero» porque además de lo dicho en el c) de este escrito sobre su abusividad per se, es tan vago para el Tribunal de Primera Instancia de Cluj-Napoca que la

²⁷ A este contrato se le aplica la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L 133, p. 66; correcciones de errores DO 2009, L 207, p. 14, DO 2010, L 199, p. 40, y DO 2011, L 234, p. 46), que impone al prestamista la obligación general de indicar al consumidor, tanto en la fase previa al contrato de préstamo como durante la vigencia del mismo, determinados datos, entre los que se encuentran la tasa anual equivalente (en lo sucesivo, «TAE»). El anexo I de dicha Directiva establece un método de cálculo armonizado de la TAE. En dicha Directiva se da la definición de TAE en el art. 2, letra i): «[TAE]»: el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito.

cláusula permite al prestamista, aunque sea bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés (apdo. 32 Sentencia Matei/SC Volksbank 2015)²⁸.

3) Finalmente, y ampliando el criterio que precede, que no es o no puede ser determinante tampoco para considerarla esencial aquella cláusula que reproduzca el concepto legalmente previsto de forma independiente a otros gastos.

En efecto, el argumento esgrimido por el TS de que al quedar la comisión de apertura descrita o anunciada de forma destacada²⁹ al igual que el interés remuneratorio como formando parte del coste total de préstamo en la Tasa Anual Equivalente (TAE) en comparación con el resto de los gastos del préstamo porque así se coadyuva a la transparencia que se quiere asegurar en la concesión de créditos hipotecarios, (FD-Tercero, apdo. 11 Sentencia 44/2019)³⁰, para considerarla elemento esencial del contrato, queda contrargumentado por el TJUE con la cita en el apdo. 19, del apdo. 64 de su Sentencia CaixaBank 2020; en dicho apartado vuelve a confirmar, lo que tenía afirmado en anteriores resoluciones como la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015 (apdos. 68 y 51): que no puede ser calificada como una prestación esencial del contrato por el hecho de que esté incluida en el coste total de éste o TAE.

²⁸ Sus argumentos son: 1) Apdo. 58: que en su Sentencia Invitel C-147/10, EU:C:2012:242, apdo. 23, ya declaró lo mismo en una cláusula similar; 2) Apdo. 60: que la «lista gris» de cláusulas que pueden considerarse abusivas del Anexo de la Directiva 93/13, quedaría, en gran parte, privada de efecto útil, si se incluyen cláusulas como las que permiten al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés si tales cláusulas estuvieran de entrada excluidas de una apreciación de su posible carácter abusivo, en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13; y 3) Apdo. 61: que lo mismo le pasaría al art. 4.4, de la Ley n.º 193/2000, que traspone el art. 3.3 Directiva 93/13 y el anexo contemplado por esta disposición mediante un mecanismo consistente en establecer una «lista negra» de cláusulas que deben considerarse abusivas.

²⁹ Es el argumento 2 de los Motivos 1 y 3 de la recurrente (FD-Segundo), Bankia, contra la Audiencia Provincial que declara nula la cláusula relativa a la comisión de apertura y condena a restituir el precio cobrado (FD-Primero-Hecho 5).

³⁰ Por ejemplo, en el anexo II, parte B, sección 4, punto 3, primera frase, de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DO 2014, L 60, p. 34), se lee: «En el apartado «Otros componentes de la [tasa anual equivalente (TAE)]» se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales.»

Todos estos criterios negativos recopilados en estas páginas deben ir precedidos del adjetivo «no determinantes» que es lo mismo que decir con la Sentencia Caixabank 2020 cuando atiende a la definición del art. 3.g) Directiva 2008/48/CE, para rellenar el «objeto principal» «por el mero hecho de...»; es decir, se afirman con la puerta abierta a unirlo, cuanto menos, a otras indicaciones o criterios que puedan llevar al órgano remitente a apreciar finalmente que la cláusula es elemento esencial del contrato.

1.2. ¿Eran criterios imperativos?

Tras lo dicho, vamos a la segunda pregunta que nos preocupaba: ¿qué pasa con los criterios reseñados que son los por el TJUE deducidos de las disposiciones de la Directiva 93/13? ¿Son imperativos? Y, si esto no es así, ¿qué o cuantos criterios deben ser apreciados por el juez remitente para calificar la cláusula como elemento esencial del contrato?

A la primera cuestión deberemos responder de forma negativa. Si se fijan, la decisión para considerar que una cláusula es esencial dentro del contrato el propio TJUE la deja en último término en manos del órgano remitente, siempre, naturalmente, exigiéndole atender a lo que puedan deducir ellos mismos de los criterios señalados y deducidos de forma general de la propia Directiva 93/13, como la naturaleza de los bienes o servicios que sean su objeto, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, y su contexto jurídico.

Resaltábamos al inicio de este epígrafe que cuando en el apdo. 45 de la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014 el TJUE destaca su propia competencia para deducir de las disposiciones de la Directiva 93/13, criterios para la calificación de la naturaleza de la cláusula, ello no es imperativo, dada la terminología que emplea el apartado: «*el juez nacional puede o debe aplicar al apreciar la cláusula...*»; de hecho, su propia calificación de esencial en la misma Sentencia, de la cláusula controvertida, (el apdo. 59 relativo a la respuesta que da a la primera cuestión prejudicial y a la primera cláusula discutida en virtud de la cual la cotización de venta de la divisa extranjera en la que se había constituido el contrato de préstamo, era la base para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo), la condiciona (dice: «*si se aprecia*») a la comprobación que debe realizar el juez remitente atendiendo a los criterios señalados. También señalábamos que para otros gastos la Sentencia Invitel 2012, lo había afirmado en su apdo.

22. Lo que no habíamos mencionado es que al final de dicho apartado se puede leer:

«De ello se desprende que la respuesta del Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate».

Por lo tanto, él mismo reconoce el límite del alcance de su supuesta superioridad en la calificación de la cláusula, y dicha limitación se va repitiendo en las sucesivas sentencias como en la Sentencia Matei/ SC Volksbank 2015 (apdos. 65 y ss.), en la Sentencia Kiss y CIB Bank 2019 (apdo. 33), en la Sentencia Caixabank 2020 (apdo. 63); y en la BNP Paribas 2021 (apdo. 58).

Ahora bien, parece que los criterios o indicaciones fijados por el Tribunal de Justicia se imponen de facto al TS en esta última sentencia objeto de nuestro estudio y la verdad es que no nos sorprende; se observa una cierta evolución de la terminología empleada en dichas sentencias para expresar la mayor o menor maniobrabilidad del órgano remitente a la hora de calificar la cláusula; de «*puede o debe*» que emplea la Sentencia Kásler 2014 a solo mencionar que «*es el Tribunal de Justicia al que le «incumbe deducir del art. 4.2 de la Directiva 93/13, los criterios aplicables al llevar a cabo tal examen*» como reza la Sentencia BNP Paribas 2021 (apdo. 54). En esta resolución cercana en el tiempo a la que comentamos, tras anunciar que es el órgano remitente el que debe de apreciar si la cláusula constituye un elemento esencial de la prestación del deudor que consiste en la devolución del importe que haya puesto a su disposición el prestamista (apdo. 53, cita en su apoyo la Sentencia Kiss y CIB Bank 2017), afirma que el Tribunal es el que deduce los criterios aplicables del art. 4.2 Directiva (apdo. 54), para llevar a cabo dicho examen (cita en su apoyo ahora la Sentencia Andriciuc y otros, apdo. 33) y calla respecto a que el órgano remitente «pueda» seguirlos o no. Como, además, los criterios que fija en los contratos de préstamo en moneda extranjera que analiza y que hemos mencionado en el epígrafe 1.1³¹, son muy concretos nos

³¹ Primero, (apdo. 57), que en general es elemento esencial del contrato, aquella cláusula que prevea que el crédito deba reembolsarse en una determinada moneda, porque es una modalidad de pago y por tanto, se refiere a la propia naturaleza de la obligación (cita la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 38); segundo, que están comprendidas dentro del art. 4.2 Directiva 93/13 (apdo. 60), las cláusulas que fijando el reembolso de precio en moneda nacional, hacen recaer el riesgo sobre el prestatario al establecer que la moneda extranjera sea la moneda de cuenta y el euro sea la moneda de pago, con la condición (apdo. 56), de que en dichos préstamos el prestamista no realice ningún servicio para calcular el cambio del cálculo en dicha reconversión y no se

preguntamos, ¿qué le quedaría al órgano jurisdiccional por valorar de otra manera la calificación, al menos en estos contratos?

Probablemente, dependerá de la cláusula. En lo que concierne a la comisión de apertura, debemos recordar que nosotros mismos en el artículo que precede a éste ya pusimos de manifiesto que lo aseverado por el TJUE en los tan traídos y llevados apartados 78 y 79 de la Sentencia Caixabank 2020, dejaba abierto el camino para que el propio tribunal remitente calificara la naturaleza de la cláusula, pues eran solo orientaciones; recuérdese en concreto que en su apdo. 64 que hemos señalado más arriba y que fue objeto también de nuestro comentario³² y en coherencia con el apartado 63, incluía entre la jurisprudencia del TJUE la sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014; y recuérdese también que alguna Audiencia, como la 28 Madrid 437/20 tras la STJUE Caixabank 2020, declarando no solo la preeminencia en la interpretación del Derecho nacional del TS sobre no solo los órganos jurisdiccionales nacionales sino sobre del propio Tribunal de Justicia, y atendiendo a la opinión del propio Abogado General Gerard Hogan quien en sus Conclusiones de 15 de mayo 2019 en el Asunto 621/17, apdos. 37 y 38 de la STJUE (Sala Tercera), Gyula Kiss y CIB Bank Zrt.), consideró que las contrapartidas a los gastos de gestión son precio del préstamo (FD-QUINTO-III-2. Cuarta), y mantuvo que la comisión de apertura era elemento esencial del contrato de crédito hipotecario³³.

haya previsto una remuneración adecuada por ello (señala el caso de la Sentencia Kásler 2014, apdo. 58) porque si lo que prevé la cláusula es la remuneración del cálculo hecho por el prestamista de dicha conversión, no sería elemento esencial del contrato; y tercero, que si se contempla por la cláusula una opción de conversión en euros en determinadas fechas, también contemplan un riesgo de tipo de cambio que en principio es esencial.

³² BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo 2022, pág. 257, sostuvimos que había que entender bien lo afirmado por el TJUE en la Sentencia Caixabank 2020; así, si bien el TJUE afirma que no es criterio definitivo para afirmar que la comisión de apertura es un elemento esencial del contrato que se incluya dentro del coste total de préstamo, eso no quiere decir que considere que sea un elemento accesorio del contrato; ese criterio de que se incluya dentro del coste total de préstamo puede llevar junto con otros a afirmar que su naturaleza es la de ser elemento esencial porque también dijo el TJUE en la misma Sentencia Caixabank 2020 con la convicción de que solo está orientando al órgano remitente de la cuestión (apdo. 64, cita también el apdo. 47 de la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015).

³³ Para esta Audiencia la sentencia responde a un planteamiento distorsionante hecho por el órgano remitente de la cuestión prejudicial, por tres motivos: primero, no prescinde de la interpretación del Derecho nacional realizada por el TS en relación al precio del préstamo y la naturaleza y alcance de la comisión de apertura; segundo, introduce una jurisprudencia inexistente según la cual la comisión de

Si no eran en aquellos entonces imperativos los criterios del TJUE, cabría preguntarse cuál/es de él/ellos se consideran hoy determinantes para entender que la naturaleza de la cláusula es ser un elemento esencial del contrato.

Están señalados claramente en los diferentes apartados del FD-Tercero de la Sentencia 44/2019 y son: que se cobra la comisión de apertura porque responde a servicios o actuaciones no eventuales (9., 13.) sino «imprescindibles» (18.), o «inherentes al negocio bancario (16.)» para la concesión del préstamo (9.), de forma que el principio de «realidad del servicio remunerado» no exige, nada distinto de la propia concesión del préstamo (17.); y que la TAE la recoge de forma independiente de otros gastos del contrato porque, no solo le informa del coste efectivo del préstamo de forma transparente y homogénea (siendo pues un medio homogéneo al igual que las fichas de información normalizadas), para que el consumidor sepa o tome conciencia del sacrificio patrimonial de las dos partidas del precio (interés remuneratorio y el de la comisión de apertura), sino que además justifica el por qué debe sufrir dicho sacrificio patrimonial: que responde a la decisión sobre la concesión del préstamo de forma responsable (11. y 14.).

El TS, autor de dicha calificación de la comisión de apertura con los criterios que tiene en cuenta, estaba en coherencia con las Recomendaciones que el propio Tribunal de Justicia hace a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales desde 2012 y que actualiza en de 2016³⁴ en donde se

apertura «supera automáticamente el control de transparencia»; y tercero, prescinde de la doctrina del TS según la cual el art. 4.2 Directiva 93/13 estaba traspuesto (FD-QUINTO. III.2. Cuarta. II. apdo. 20). La razón es que solo el TS puede interpretar el Derecho nacional para unificar doctrina y no solo los órganos jurisdiccionales inferiores pueden contradecirla u obviarla, por virtud del art. 1.6 CC el TS, sino que debe respetarla el TJUE, órgano que no tiene el papel de interpretar el Derecho nacional sino el Derecho de la Unión, según art. 267 TFUE. De hecho, cita la Audiencia para corroborarlo, por una parte, el apdo. 27 de la STJUE 22 junio de 2010. Melki y Abdeli, C/188/10 y C/189/10 (FD-QUINTO. III. 2. Cuarta. II); y por otra, que también el Gobierno español en dicha Sentencia Caixabank 2020 (apdos. 39-43) al plantearse a quién incumbe el pago de determinados gastos con arreglo al Derecho interno, afirma que el TJUE no tiene competencia para ello, que es competencia del órgano jurisdiccional remitente como lo demuestra el hecho de que las segunda a cuarta cuestiones prejudiciales versan sobre cómo interpretar el Derecho de la Unión y no sobre el Derecho nacional.

³⁴ 2016/c 439/01, DOCE 25 noviembre 2016, actualizan las *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales* (DO C 338 de 6.11.2012, p. 1) aprobadas al día siguiente de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, que se produjo el 1 de noviembre de 2012. En su introducción se dice que «basándose tanto en la experiencia adquirida al aplicar este Reglamento

puede leer en el punto I.3 relativo al «objeto y alcance de la petición de decisión prejudicial»:

«...si bien el Tribunal de Justicia adopta su decisión teniendo necesariamente en cuenta el contexto jurídico y fáctico del litigio principal, tal como lo haya determinado el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, no es el propio Tribunal de Justicia quien aplica el Derecho de la Unión al litigio. Al pronunciarse sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia se esfuerza por dar una respuesta útil para la resolución del litigio principal, pero es el órgano jurisdiccional remitente quien debe extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta, inaplicando, si fuera preciso, la norma nacional declarada incompatible con el Derecho de la Unión».

Reconocemos que en general, puede haber una línea nítida en la práctica del alcance de la competencia del TJUE que quiere ofrecer a los órganos judiciales remitentes «indicaciones prácticas y necesarias para que puedan pronunciarse útilmente» y la de los órganos judiciales remitentes. Pero creemos que dicha línea se ha desdibujado en el caso de la comisión de apertura cuando ha sido el remitente, el TS, el que sobre la base de la libertad de maniobra que le dio la Sentencia Caixabank 2020, sostiene en su Auto la naturaleza de la comisión de apertura como elemento esencial del contrato y plantea la cuestión prejudicial para que se pueda de una vez por todas, uniformar la cuestión entre las filas de sus órganos jurisdiccionales.

Pero el TJUE concluye que su interpretación es más útil. Creemos que el TJUE debería haber respetado la calificación de la naturaleza de la comisión de apertura dada por el TS ya que en sus anteriores sentencias parecía que correspondía en última instancia a los órganos remitentes pronunciarse sobre ella tomando o no sus directrices o indicaciones.

Pero da igual qué fue o no valorado por nuestro Tribunal Supremo y la base sobre la que planteó su cuestión prejudicial. El panorama ha cambiado. El Tribunal de Luxemburgo afirma en su Sentencia Caixabank 2023 que no es concluyente o definitivo que la normativa nacional prevea conceptos que se incluyan en una cláusula predispuesta para considerar que estamos ante una obligación esencial del contrato aunque lo haga de forma destacada ni que el órgano remitente la haya calificado a nivel nacional como esencial; la diferencia

(1), como en la jurisprudencia más reciente, estas recomendaciones pretenden recordar las características esenciales del procedimiento prejudicial y ofrecer a los órganos jurisdiccionales nacionales que plantean cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia todas las indicaciones prácticas necesarias para que este último pueda pronunciarse útilmente sobre las cuestiones planteadas».

con sus anteriores resoluciones es que ahora prima su criterio sobre el hecho de que la normativa nacional ofrezca el concepto de comisión de apertura como la contraprestación de ciertos servicios que ha de realizar el prestamista con ocasión de la concesión de un préstamo responsable; así, nada menos que contradice al TS afirmando que la legislación nacional no le debe llevar, como pasó en su Sentencia 44/2019 (apdos. 13³⁵ y ss.) a considerar a la comisión de apertura como «retribución» (apdo. 20 STJUE Caixabank 2023), y, con ello, a considerarla «objeto principal del contrato» al mismo nivel que el interés «remuneratorio»; lo que tiene como consecuencia que el órgano judicial nacional no puede quedar eximido de comprobar si las actividades o servicios que se mencionan en dicho concepto se han realizado o no por el profesional (apdos. 49-52).

Entonces, ¿Qué nos queda? ¿Aceptarlo con «resignación jurídica» como así lo ha hecho el TS? Pues sí porque no vamos a actuar de forma diferente a la que defendemos, pero considerando que al menos, la comisión de apertura puede ser calificada como un elemento «importante» del contrato.

2. PERO LA COMISIÓN DE APERTURA ES ELEMENTO «IMPORTANTE» DEL CONTRATO

Pese a todo nuestro *excursus* acerca de la intacta competencia y por tanto, libertad del TS como órgano remitente, y de que no ha sido caprichoso al considerar que la comisión de apertura es elemento esencial del contrato de préstamo como punto de partida de las cuestiones prejudiciales planteadas en su Auto, lo cierto es que con la nueva Sentencia Caixabank 2023, el Tribunal de Luxemburgo ya no deja el margen de discrecionalidad y apreciación de criterios que existían y que había aprovechado el TS para conformar su doctrina relativa a la catalogación de la comisión de apertura como elemento esencial del contrato; y así de forma categórica aclara en concordancia -dice- con sus Sentencias Andriciuc 2017 y Kiss y CIB Bank 2017 (obviando la conclusión del Abogado General ya apuntada) y BNP Paribas 2021

³⁵ Frente al argumento de la Audiencia relativo a que no hay justificación para que la prestamista sea retribuida al margen del interés que devenga del capital pactado puesto que ni la LCGC ni la LGDCU imponen esta comisión sino que están regulando la transparencia en los contratos de préstamo, el TS afirma (2º párr. del apdo. 13 FD-Tercero) que poner a disposición del prestatario el dinero y realizar las actividades apropiadas para la concesión del préstamo tienen naturaleza distinta, y es lo que precisamente justifica que la normativa permita cobrar aparte pero como parte integrante del precio la comisión de apertura.

(con la que abríamos el epígrafe 1. pero no mencionando la tan traída y llevada Sentencia Caixabank 2020), que la interpretación restrictiva obligada del art. 4.2 Directiva 93/13, le lleva a considerar que la cláusula comisión de apertura es una prestación **accesoria** porque **está simplemente relacionada** con el objeto principal del contrato (apdos. 23 y 17).

Ante esto, el TS en su Sentencia 816/2023, de 29 de mayo 2023³⁶ (FD-SÉPTIMO-1.-), rectifica su doctrina y, claro está, ya debemos aceptar la nueva naturaleza oficial de la comisión de apertura: no es un elemento esencial del contrato; es una prestación accesoria.

No obstante, aun perdiendo su calificativo de «cláusula esencial», creemos se confirma nuestra opinión de que la comisión de apertura puede ser considerada un *tertium genus* entre cualquier gasto y el precio de la obligación principal del contrato de préstamo, entre la prestación principal y las obligaciones de pago de los diferentes gastos y comisiones que se concitan en el préstamo; podemos decir, pues así utilizaremos la terminología del propio TJUE, que puede llegar a ser calificada como elemento accesorio pero «importante» en ese contrato y como tal, habremos de darle un tratamiento especial o diferenciado de los demás gastos en los controles de transparencia y abusividad respectivos.

Estos son nuestros argumentos: el primero, no tratado en la STJUE que analizamos o la importancia de la obligación que motiva el cobro de la comisión de apertura: la evaluación de la solvencia del prestatario, y, el resto de los argumentos desgajados bien de la propia sentencia al analizar los criterios para apreciar la transparencia extensiva de la cláusula, o del silencio de lo planteado por el TS en su Auto, o bien de la falta de congruencia respecto a otras cláusulas ya calificadas.

2.1. Proviene de una obligación primordial, aunque no guarde relación «directa» con la obligación principal y no tenga sanción civil

El tema de la importancia de la obligación de evaluar por la prestamista la solvencia del cliente como «presupuesto»³⁷ para la concesión del préstamo responsable no ha sido tratado en cuanto a tal en

³⁶ Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES, ROJ: STS 2131/2023. ECLI:ES:TS:2023:2131.

³⁷ Término que utiliza el TS en el planteamiento de su cuestión prejudicial 3, Auto de 10 de septiembre 2021 (919/2919).

la STJUE objeto de nuestro estudio, la Sentencia Caixabank 2023. Sin embargo, sí se tienen en cuenta las acciones que se cobijan en dicha obligación para declararla abusiva tanto si no ha sido informada la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados al prestatario (apdos. 32 y 47) como si se imposibilita su control efectivo por el juez para evaluar el posible importante desequilibrio que produzcan en los derechos y obligaciones de las partes (principalmente apdo. 61 y Declaración 3)³⁸.

Es claro que en esta Sentencia Caixabank 2023 el TJUE debería haber entrado más a fondo a su calificación como así lo ha hecho en otras resoluciones de las que daremos cuenta. Se limita, a pesar de que la base sobre la que descansan las tres cuestiones prejudiciales que plantea el TS son la definición descriptiva de la comisión de apertura y las acciones que a modo no exhaustivo constituyen parte de la definición, a considerar que como la comisión de apertura no forma parte del concepto «objeto principal del contrato» por el mero hecho de que esté incluida en el «coste total de este» (apdo. 19), guarda con la indiscutible obligación esencial del mismo (la disposición onerosa de una cantidad de dinero), el mismo tipo de relación que cualquier otro gasto que emerja en el contrato de préstamo, una relación «simple» (apdo. 23). No se entiende su afirmación cuando el TS ya aclaraba en su Auto 919/2019 (6.) que en ningún extremo de la Sentencia 44/2019, que es la base de su doctrina, ni en otras, hubiera argumentado para justificar que la comisión de apertura tiene naturaleza de precio del contrato, que se incluye en el cálculo del coste total del precio o tasa anual equivalente (TAE). Nuestro Tribunal ya conocía la Sentencia Matei/SC Volskbank 2015!

Para el TS, aunque reconoce que las prestaciones para llegar a la concesión de un préstamo responsable tienen distinta naturaleza de la obligación de poner a disposición del dinero prestado (FD-Tercero, apdo. 13 Sentencia 44/2019³⁹), no por ello relega o minusvalora la co-

³⁸ El TS en su Sentencia 816/23 de 29 de mayo 2023, así lo considera, es decir, que el TJUE tiene en cuenta el concepto legal de la comisión de apertura como retributiva de los gastos inherentes para la actividad de la prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, en los apdos. 57 y 59 de la Sentencia Caixabank 2023 (FD SEPTIMO-4.) y por tanto, solo para que sean controlados por el juez pero no, como decimos para que sea una comisión «esencial» que se retribuye al lado del interés remuneratorio del préstamo.

³⁹ Bastaría con copiar FD-Tercero, apdo. 13 de la STS 44/2019 para entenderlo: *«La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (... estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración*

misión de apertura hasta el punto de aceptar fácilmente que ahora el TJUE afirme que solo mantiene una simple relación con la obligación principal. Al contrario, esa distinta naturaleza es lo que precisamente justifica que la normativa permita cobrar aparte la comisión de apertura como parte integrante del precio⁴⁰, máxime cuando dicha normativa pensada para asegurar su transparencia, no pretende disciplinar el precio del servicio más allá de lo imprescindible y no exige, por ello, que la entidad financiera pruebe la realización de dichos servicios (apdo. 13 Sentencia 44/2019); la considera también obligación o partida principal del precio y el principal argumento para calificar que la comisión regula un elemento esencial del contrato es la necesidad de realizar el conjunto de los servicios relacionados con la concesión de un préstamo responsable (primera cuestión prejudicial Auto 919/2019).

La falta de argumentación por el TJUE, hace que creamos que no es coherente con sus propias decisiones en el ámbito del que estamos hablando: la importancia de la obligación de evaluar la solvencia del deudor en la concesión de préstamos.

En sus resoluciones no duda como en la Sentencia Matei/SC Volksbank 2015 (apdo. 67) que el tribunal remitente...

«deberá tener en cuenta, en particular, la finalidad esencial perseguida por la «comisión de riesgo», consistente en garantizar el reembolso del préstamo, que constituye manifiestamente una obligación esencial que

del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura». Lo único que aportaremos nosotros a este magnífico argumento son dos apuntes olvidados respecto de la Ley 5/2019, de 15 de marzo (en adelante, LCCI): 1) que si había dudas, desde dicha norma se hace más nítido el tratamiento distinto que a la comisión de apertura quiso darle el legislador desde su inicio, al insistir en un precepto distinto y con distintas exigencias y efectos respecto a otros gastos y 2) la interpretación auténtica que resaltó con maestría el profesor PANTALEÓN PRIETO en 2020: el rechazo a las dos enmiendas presentadas al art. 14.4 Proyecto de la LCCI para evitar que se cobrase también por la prestamista en concepto de comisión de apertura.

⁴⁰ Frente al argumento de la Audiencia relativo a que no hay justificación para que la prestamista sea retribuida al margen del interés que devenga del capital pactado puesto que ni la LCGC ni la LGDCU imponen esta comisión sino que están regulando la transparencia en los contratos de préstamo, el TS en su Sentencia 44/2019 (2º párr. del apdo. 13 FD-Tercero) ya afirmaba que poner a disposición del prestatario el dinero y realizar las actividades apropiadas para la concesión del préstamo tienen naturaleza distinta, y es lo que precisamente justifica que la normativa permita cobrar aparte pero como parte integrante del precio la comisión de apertura, no siendo obligatorio cobrar dicha comisión (apdo. 23 FD-Cuarto Auto 10 de septiembre de 2021).

recae en el consumidor como contrapartida a la puesta a su disposición del importe del préstamo».

Ese es el punto de partida; las finalidad «esencial» perseguida por dicha comisión, porque como ha expresado es primordial dicha obligación para evitar el sobreendeudamiento de los deudores y por tanto, el buen funcionamiento del mercado del crédito al consumo hasta el punto de extender la sanción de nulidad prevista en un Derecho nacional para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso en la fase precontractual en que se debe realizar la obligación, entendiéndose que se pierden los intereses remuneratorios incluso habiéndose pagado todo el precio sin dificultad alguna por el prestatario. Considerar esto no es precisamente entender que la obligación de la que hablamos no sea al menos «importante».

Últimamente, tenemos el caso de la reciente Sentencia de 11 de enero de 2024 (Sala Tercera) Nárokuj./EC Financial Services⁴¹ (en adelante, Narokuj/EC Financial Services 2024), en la que el Derecho checo (art. 86.2 y 87 Ley n.º 257/2016, de Crédito al Consumo modificada por la Ley n.º 96/2022) prevé, de acuerdo con el art. 23 Directiva 2008/48, como sanción efectiva, proporcionada y disuasoria, la nulidad del contrato de crédito al consumo que supone que el consumidor deberá devolver el principal del crédito recibido dentro de un término acorde a sus posibilidades financieras, en el caso de que la prestamista no realice una adecuada evaluación de la solvencia de su futuro cliente; y el TJUE entiende que dicho prestamista perderá su derecho al pago de los intereses remuneratorios pactados (apdo. 43), aún incluso cuando se hubiera pagado el precio total del préstamo por el consumidor (en este caso otra sociedad mercantil) sin objeción alguna⁴²; y, por tanto, sin que el crédito haya tenido consecuencias perjudiciales para el prestatario por causa del incumplimiento de la obligación de evaluar responsablemente la concesión del crédito (apdos. 52 y 53). Encuentra esta medida sancionatoria de la pérdida de los intereses ya reembolsados adecuada por su efecto disuasorio (apdo. 41) y proporcionada o sin ir más allá del art. 8⁴³ Directiva 2008/48 (apdo. 45). Porque como hemos dicho, lejos de con-

⁴¹ ECLI:EU:C:2024:10) Asunto C-755/22.

⁴² Pues no es subsanable el contrato ni con la objeción de que el consumidor no haya formulado objeción contra dicho contrato cuando reembolsaba lo adeudado (apdo. 37) ni que ya no le asiste el derecho de desistimiento (apdo. 38) que le otorga el art. 14.1 Directiva 2008/48 porque se extinguieron las obligaciones derivadas del contrato (aquí dice que no se aplica lo dicho en el apdo. 279 Sentencia 21 de diciembre 2023, MBW Bank y otros, (C 38/21, C 47/21 y C 232/21, EU:C:2023:1014).

⁴³ El art. 8 de esta Directiva, titulado «Obligación de evaluar la solvencia del consumidor», dispone:

siderar que la evaluación de la solvencia del deudor es una obligación más, considera que es una obligación que, si incumplida, merece que se proteja con la pérdida de los intereses remuneratorios del crédito incluso habiéndolos pagado sin problemas; es una obligación primordial para evitar el sobreendeudamiento de los deudores (apdos. 34 y 36) y responsabilizar a los prestamistas en la concesión de préstamos a consumidores insolventes (apdo. 46); en definitiva, finalidades que propenden al buen funcionamiento del mercado del crédito al consumo que deben primar incluso por encima de que se haya ejecutado el contrato. Otra interpretación podría privar -entiende la Sentencia Narokuj/EC Financial Services 2024 - al art. 8 Directiva 2008/48 de su efecto útil (apdo. 36) [ahora invoca la sentencia de 10 de junio de 2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, C-303/20, (en adelante, *Último Portfolio 2021*⁴⁴), apdos. 39 y 40].

Pero claro, ésta es una reciente sentencia y tiene que ser coherente con lo expresado anteriormente, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala Segunda de 5 de marzo 2020⁴⁵ que resuelve otra cuestión prejudicial planteada por otro Tribunal checo sobre parecida cuestión (apdo. 21), en la que considera que si el fin de dicha obligación es conseguir una armonización completa e imperativa en un ámbito clave como éste que es el que propende a garantizar a todos los consumidores de la Unión Europea un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y a facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del

¹. Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación.

². Los Estados miembros velarán por que, si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista actualice la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evalúe su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito.»

⁴⁴ EU:C:2021:479. Podría invocar el apdo. 45 de la Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *CA Consumer Finance*, C-449/13, EU:C:2014:2464.

⁴⁵ En la esta Sentencia de la Sala Segunda de 5 de marzo 2020 se resuelve, ya se ha mencionado en el cuerpo del escrito (epígrafe 2.1) una cuestión prejudicial planteada por otro Tribunal checo y se afirma que es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario (apdo. 21) y que los EEMM lleven el control de dichos comportamientos (apdos. 26), estableciendo las sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (apdo. 47). La Ley checa núm. 257/2016, de crédito al consumo, establece en su art. 87 la nulidad del contrato solo invocable a instancia del consumidor cuando se incumpla la obligación de evaluar la solvencia del deudor por parte del prestamista.

crédito al consumo (cita los CDOs. 7 y 9 Directiva 2008/48), está justificado no solo que se pierdan intereses remuneratorios (interpretada así la norma checa) sino que se cobre para que dicha evaluación se realice eficazmente.

A nuestra opinión relativa a que en la Sentencia Caixabank el TJUE no está siendo coherente, se nos podría contrargumentar que esa sanción civil es la que provoca que el TJUE, en coherencia, considere que la obligación incumplida es principal, o al menos, que es muy «importante». Esta sanción legal prevista en dicho EM es una forma de darle potencia a la obligación precontractual de investigar la solvencia del deudor a quien se le presta porque si incumplida, puede llevar a la pérdida de los intereses de la remuneración incluso si el contrato ya fue ejecutado. En definitiva, que en estas sentencias lo que determina pasar de «simple» relación a relación «directa» con la obligación principal es la sanción contractual que el Derecho nacional puede legítimamente prever para el caso de incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor antes de la celebración del contrato por el prestamista, pues es cuando da en su médula y puede modularla. Por tanto, que aunque parece, porque quita a nuestro TS la razón de que la comisión de apertura es elemento esencial del contrato, que el TJUE no valora la obligación que encierra de que el prestamista debe cobrar porque está obligado a realizar cuantas actividades sean necesarias para llevar a cabo una correcta evaluación de la solvencia del deudor antes de la concesión de préstamo responsable⁴⁶, no es así; que para que se

⁴⁶ Actividades que se describen de forma no exhaustiva desde la Orden de 5 mayo 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE, 112, 11 mayo 1994). (Anexo II, apdo. 4) y cuyo testigo recogen primero, el art. 5.2.b. Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/03/31/2/con>, (en adelante, Ley 2/2009) y después, el art. 14.4 Ley 5/2019, de 15 de marzo (en adelante, LCCI), con objeto de dar por cumplida la obligación principal que pesa sobre el prestamista de evaluar «**en profundidad**» la solvencia del potencial prestatario antes de celebrar el contrato de préstamo (ex. art. 11.1 LCCI), en definitiva, para conceder un préstamo de forma responsable.

^{Se reforma el art. 5.2. b) por la disposición final 9. Dos de la Ley 5/2019, 15 de marzo (LCCI), pues como ella misma expresa (Preámbulo V), la disposición final novena adapta el ámbito de aplicación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, a las previsiones de esta Ley, evitando solapamientos normativos y clarificando el régimen jurídico aplicable a cada situación, ya que el ámbito de aplicación de la LCCI abarca también a la intermediación para la concesión bien de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial [art. 2.1.a)] o bien de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos construidos o por construir [art. 2.1.b)].}

pueda ubicar dicha obligación dentro del art. 4.2 Directiva 93/13, es necesario haber previsto una sanción grave como la nulidad del contrato a su trasposición de la Directiva por el Estado Miembro, en el caso visto, de crédito al consumo. Y efectivamente, puede pues que el hecho de que nuestro legislador ni en sede de contratos de crédito al consumo (ex. art. 34 Ley 16/2021, 24 de junio, de contratos de crédito al consumo⁴⁷) ni en el de créditos inmobiliarios haya previsto sanción civil contractual alguna sino sanciones disciplinarias para el caso de su incumplimiento [en el caso de crédito al consumo se considera una infracción grave llegando a ser conceptualizada como muy grave (art. 34.2)], sea lo que haya provocado, junto con el efecto distorsionador del que ya hemos hablado y hablaremos, la conclusión del TJUE de que en nuestro Derecho la comisión de apertura mantiene una simple relación con la obligación principal del contrato, y, por tanto que es coherente cuando afirma que no le sirven otros argumentos que esgrime el TS para finalmente considerarla al mismo nivel que la remuneración del capital prestado⁴⁸.

Sin embargo, pensemos que el TJUE va más allá de lo que la sanción checa prevé y que el Derecho europeo debe ser coherente con estas resoluciones y no desarmonizar el nivel de protección a alcanzar en el mercado contradiciendo la opinión del TS relativa a que, para nuestra legislación la obligación de investigar la solvencia del futuro cliente es más importante que otros gastos y se materializa con la

^{En} efecto, la concesión del préstamo responsable, aspecto fundamental en el que se basa prácticamente la normativa de transparencia al que responde la definición legal de esta comisión y que se mantiene incólume desde el Anexo II, apdo. 4 de la Orden de 5 mayo 1994, engloba la totalidad de los gastos inherentes a la actividad de la prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, como los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo que menciona expresamente; y en el caso particular de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

⁴⁷ En la Exp. De Motivos de la norma (II) se destaca que la Directiva impone una armonización total, de forma que los EEMM no pueden introducir disposiciones nacionales distintas a las disposiciones armonizadas establecidas en esta norma europea. <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/06/24/16/con>

⁴⁸ Dos razones fueron ya explicadas por el TS: primero, que si finalmente se deniega el crédito, se podrían igualmente cobrar se cobren o no se cobren, aquellas acciones relacionadas con la investigación de la solvencia del potencial cliente; por lo que técnicamente **no es obligación accesoria**; no muere con la extinción de la obligación principal; y segundo, a diferencia de los demás gastos, es una obligación **necesaria** para ganar la **transparencia profunda** a la que se aspira para la no afectación del mercado; **la evaluación de la solvencia del prestatario**, se constituye en una **obligación imperativa y previa** a la actividad principal de la entidad de prestar la cantidad del préstamo.

posibilidad de cobrarse de forma separada y de una vez⁴⁹. No puede considerarse que la cláusula comisión de apertura no encierra más que una obligación simple y no tiene relación directa con la obligación principal porque el EM cuyo órgano judicial remitente pregunta no haya previsto una sanción determinada o concreta. En definitiva, no puede ser importante en el Derecho checo que prevé la sanción civil por incumplimiento de la obligación de investigar la solvencia del futuro cliente y no serlo en el Derecho español cuando se permite por nuestro legislador cobrar de forma independiente dicha obligación. Así no se logra la armonía del mercado, sino que se acrecientan las diferencias. Desde nuestro punto de vista, debería haber tratado de igual forma al Derecho español, debería haberse elevado y no dar una solución distinta porque sería razonable pensar que, aunque no se prevean expresamente en la norma imperativa los efectos civiles de la infracción, el juez (en nuestro caso, el TS), pueda declarar razonablemente que es por su finalidad, al menos, una obligación es importante⁵⁰.

Dicho esto, nos preguntamos ahora qué pasará cuando deba contestar a la cuestión de decisión prejudicial planteada por Auto de 31 de enero 2024⁵¹ por el titular del JPI núm. 1 de Fuenlabrada respecto a un crédito 'revolving' sobre si el Derecho español se opondría a la Directiva 2008/48 cuando ante el incumplimiento de evaluar la solvencia de un cliente⁵² no prevé sino sanciones administrativas pero puede conllevar sanciones civiles como la nulidad del crédito y la pérdida de los intereses pactados, esto es, sanciones civiles que según interpretación del magistrado, son previstas en el Derecho europeo ante el incumplimiento gracias a la interpretación de la jurisprudencia europea (cita el apdo. 64⁵³ de la STJUE de 10 de junio 2021, Úl-

⁴⁹ Señalar que, si la obligación de evaluar la solvencia del futuro usuario del préstamo que el legislador la señala con **un anuncio independiente** de otras cláusulas o gastos, es porque aún su descripción difusa, son acciones imprescindibles (FD-TERCERO-18. STS 44/2019) o «inherentes» (apdo. 20 Auto TS que analizamos) y obligadas antes de poner a disposición del usuario el dinero objeto del préstamo.

⁵⁰ Nos inspiramos en el art. II.-7:302: Contratos que infringen normas imperativas, DCFR.

⁵¹ ROJ: AJPI 2/2024 - ECLI:ES:JPI:2024:2ª.

⁵² En el 7. del Auto se lee: «7. Bankinter Consumer Finance tampoco demuestra haber evaluado previamente la solvencia de Enma, al menos con una mínima profundidad, ni en absoluto con posterioridad. En el contrato solo consta, en resumen, que Enma es pensionista y cobra una pensión por invalidez de 468 €, está casada en separación de bienes, tiene una única vivienda en propiedad y dos tarjetas de débito/crédito adicionales».

⁵³ Dice el apdo. 64: «...interpretamos que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia debe aparejar **sanciones civiles**. «[P]ara que una sanción sea efectiva y disuasoria, es preciso privar a los infractores de las ventajas económicas

timo Portfolio Investment, C-303/2020⁵⁴ que, a su vez y como hemos apuntado, utiliza la Sentencia Narokuj/EC Financial Services 2024 y la jurisprudencia que cita en su apdo. 32), que estima que para que una sanción sea efectiva y disuasoria es preciso privar a los infractores de las ventajas económicas de las infracciones que cometieron⁵⁵.

Pero bueno, aceptamos, ya lo hemos dicho, estamos por ahora ante una obligación que mantiene una relación simple y no directa con la obligación principal.

Ahora bien, dicho esto, lo que sí se puede extraer de esta posición del TJUE es que la obligación de evaluación de la solvencia del prestatario imperativa y previa a la actividad principal de la entidad de prestar crédito, encerrada en la cláusula comisión de apertura, no es una prestación más; tiene su peso específico en el Derecho de la Unión relativo a la concesión de créditos responsables. De esta forma podríamos concluir que no puede ser parangonable a cualquier otro gasto que emerja con ocasión del contrato de préstamo y así, que necesita un tratamiento diferenciado. Es un elemento «importante», calificativo cuyo origen explicamos a continuación.

2.2. Es «importante» en el análisis de los criterios del TJUE para evaluar los controles de transparencia y abusividad

El hecho de que para el TJUE en la misma Sentencia Caixabank 2023 la comisión de apertura puede llegar a ser conceptuada como un elemento «importante» (apdos. 27 y 46), a través del análisis del último criterio que el TS apunta al TJUE para comprobar el cumplimiento de la transparencia extensiva de la cláusula; a saber, la circunstancia de su redacción, su ubicación y su estructura (apdo. 46); pues

derivadas de las infracciones que cometieron [...]. Por último, y sobre todo, tal sanción no puede garantizar de manera suficientemente eficaz la protección de los consumidores frente a los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia que persigue la Directiva 2008/48 si no afecta a la situación de un consumidor concreto al que se ha concedido un contrato de crédito incumpliendo lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Directiva».

⁵⁴ C-303/2020, EU:C:2021:479.

⁵⁵ En efecto, la contestación a la pregunta decisiva que plantea CUENA CASAS, Sanciones al préstamo irresponsable. El Tribunal de Justicia de la UE se pronuncia, Hay Derecho, Blog Civil, 31 de enero de 2024, *¿qué sucede cuando el prestamista no cumple con su obligación o dando el test de solvencia negativo concede a pesar de ello el préstamo?*, proviene de la jurisprudencia ya que a juicio de dicha doctrina no hay normativa europea que imponga sanciones civiles por la alta presión que ejercen los prestamistas en España, diferenciándose de la mayoría de los países del espacio europeo que han establecido sanciones contractuales.

es ese el calificativo que recibe la comisión de apertura por el TJUE cuando analiza en la segunda cuestión prejudicial este último criterio que menciona el TS de los cinco que nacen de la doctrina sentada en su Sentencia 44/2019 y son: el conocimiento generalizado de la cláusula por los consumidores, la información obligatoria que la entidad debe ofrecer al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias y la especial atención que le presta a dicha cláusula el consumidor medio. Sin duda, para el Tribunal de Luxemburgo si bien la comisión de apertura no es gasto derivado de la prestación esencial de poner a disposición del consumidor el préstamo, sin embargo, es algo más que cualquier otro gasto que no pueda considerarse esencial porque ese criterio puede llegar a evidenciarlo; criterio que, por otra parte, ya lo había señalado nuestro TS en su Sentencia 44/2019 (FD-QUINTO-6.-).

No podremos estar más de acuerdo porque será éste, el del cómo se transmita la información obligatoria para el prestamista del funcionamiento de la cláusula dentro del contrato, el que propiciará que la cláusula sea entendida por el consumidor como suficientemente importante para aceptar o no el contrato (este criterio será desarrollado en el siguiente epígrafe).

2.3. Antiguos argumentos: la individual llamada de atención del consumidor medio, no siempre causa desequilibrio importante entre las partes, el denunciado efecto distorsionador y otras posibles incoherencias en las resoluciones del TJUE en la materia

Finalmente, no debemos de olvidar otros argumentos que apoyan nuestra idea de que la comisión de apertura no es un gasto más en el préstamo hipotecario, aunque hayan sido relativizados hasta el punto de no influir en su calificación como elemento esencial del contrato y que son, a pesar de ello, objeto de atención por el TJUE en la Sentencia Caixabank 2023 objeto de nuestro comentario.

Así, el hecho de que constituye una cantidad substancial y apreciable por el consumidor medio. En efecto, ya veremos que el TJUE considera que como la **cantidad** en que consiste la comisión de apertura es «**sustancial**» (apdo. 44) y **de pago íntegro** o de una sola vez forma parte de los criterios para evaluar la transparencia «extensiva», el TJUE en esta Sentencia Caixabank 2023; porque llamará la atención al consumidor medio normalmente informado y razonablemen-

te atento y perspicaz que es otro de los criterios que se ratifican por el TJUE para comprobar la transparencia extensiva de la cláusula.

Por otra parte, hay que recordar que no siempre causa desequilibrio importante entre las partes. El propio TJUE responde a la tercera cuestión prejudicial del TS relativa a si su jurisprudencia o **su doctrina** que considera que la cláusula comisión de apertura que estipula el pago por los servicios que enumera la disposición nacional no causa desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes o se opone al art. 3.1 Directiva 93/13, diciendo no que en todo caso fuera **contraria a la Directiva**, sino que **solo lo sería si no se permitiera «en ningún caso» un «control efectivo»** de la misma por el «mero hecho» de que sean acciones las llevadas a cabo por el prestamista que tengan relación con la concesión del préstamo (apdos. 60 y 61); por lo que podría mantenerse que esos servicios, como acciones necesarias para la concesión del préstamo responsable pertenecen a una obligación si no sustancial del contrato de préstamo, sí importante.

Además es muy importante mencionar que si bien **no ha habido respuesta** alguna por parte del TJUE ni respecto al denunciado por el TS **«efecto distorsionador»⁵⁶** que provocó las declaraciones recogidas

⁵⁶ En este punto compartíamos BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo 2022, pág. 257, la opinión del TS, de los órganos jurisdiccionales como la Sentencia AP-Madrid Secc. 28, de 18 de septiembre 2020, (ECLI:ES: APM:2020:9834, FD QUINTO.2. romanos IV y V, que seguían la doctrina del TS respecto a considerar que la comisión de apertura era elemento esencial del contrato por el efecto distorsionante en el que podría haber caído el TJUE en la Sentencia Caixabank 2020; y que solvente doctrina como el profesor PANTALEÓN PRIETO, «La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I)», blog. El Almacén De Derecho, 14 septiembre 2020, pregunta ¿Contradicen esos pronunciamientos lo que he sostenido en el apartado anterior?, considera se produce no solo porque el juez remitente de la cuestión prejudicial (Auto de 12 de marzo 2019, C-224/19 del JPI núm. 17 Palma de Mallorca a la que se le acumula el Auto de 13 de marzo del JPII de Ceuta), silencia el art. 5.2.b) Ley 2/2009 sino porque el propio TJUE no tuvo en cuenta que en la propia STS de Pleno de 23 de noviembre 2019 ya le indicaba este precepto en el FD-Tercero, al final del apdo. 17 Ley 2/2009, que como colofón de los apdos. 14-16 se iniciaba dando la razón al Juez de Primera Instancia cuando afirmó «la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere a la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio». Anunciamos también, ahora sí, influenciados por lo sostenido en la Sentencia 437/2020 de la 28 AP- Madrid, que no había que considerar que se había producido después de la Sentencia Caixabank 2020, un antes y un después respecto a catalogar como accesorio a la comisión de apertura; que el TS ya había afirmado que su inclusión en el precio del préstamo no representaba contradicción alguna con la propia jurisprudencia del TJUE porque ya el Abogado General Hogan en sus

en los apartados 78 y 79 de la Sentencia Caixabank 2020 (apdo. 11) ni respecto a la tensión de estos dos apartados y el apdo. 55 de la Sentencia Kiss y CIB Bank 2019 (apdo. 54), sin embargo, de alguna forma, **sí ha habido reconocimiento de la base que sostiene su respuesta en el apdo. 78: que el órgano remitente tiene que apreciar la cláusula en última instancia.**

No es respuesta efectivamente que el TJUE se limite a reconocer en el apdo. 55 que lo expresado en el apdo. 78 de la Sentencia Caixabank 2020 se basa en la legislación meramente indicada de la Ley 2/2019 (art. 5.2.b.) por uno de los órganos jurisdiccionales remitentes de la cuestión prejudicial y que la aplicó sin más, cuando ahora reconoce que el TS ya le ha desvelado que realmente fue informado parcialmente (apdo. 53); no se entiende que insista sin más en la misma respuesta si ahora le informa el TS de todo el contenido de lo que dicha norma expresaba y no de forma parcial. Pero la verdad es que, por otra parte, reconoce que la decisión del año 2020 corresponde al Derecho dado y no al que realmente era y es.

Podría haber reinterpretado su interpretación de que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar los requisitos que exigía la Ley 2/2009, (la acreditación de los servicios habidos y repercutidos al consumidor), causaría un desequilibrio importante en la posición jurídica del consumidor. Pero no, el TJUE copia literalmente en su apdo. 56 el apdo. 78. Ahora bien, al hacerlo, con dicho autoplagio, también arropa nuestro argumento respecto a que el apdo. 78 no obligaba a considerar siempre a la comisión de apertura como un gasto accesorio del contrato; la forma verbal utilizada («podría») y que era el órgano nacional el que debía comprobar si se cumplían o no dichos requisitos (textualmente: «sin perjuicio de la comprobación que deberá realizar el juez competente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato»), dejaba en manos del juez remitente la cuestión. Claro está que, como dijimos más arriba, el TJUE en la Sentencia Caixabank 2020 partía (apdo. 76) de su propia doctrina relativa a que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar la cláusula a la luz de los criterios señalados de su naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y demás circunstancias y cláusulas que concurran en su celebración, así como las demás cláusulas de otro contrato del que dependa (apdo. 77 y ex. art. 4.1 Directiva 93/13); debe ser coherente con su postura de inicio

Conclusiones de 15 de mayo 2019, en el Asunto 621/17 que da lugar a la STJUE Kiss/CIB Bank 2019 (apdos. 37 y 38), reconocía que cuando a los gastos de gestión les corresponde una contraprestación dichos gastos deben considerarse parte del precio pagado por el préstamo (III-párr.8).

que ha sido comentada líneas arriba e insistirá en ella: incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la cláusula constituye elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato, así como a su contexto jurídico y fáctico (apdo. 63⁵⁷). Por lo dicho, debería no haber sido categórico en la siguiente Sentencia Caixabank 2023 y considerar que, si ya el TS había considerado con dichos criterios que la comisión de apertura era un elemento esencial del contrato, que no debería él interpretar otra cosa.

Finalmente, como podemos ver, el TJUE en esta Sentencia Caixa-bank 2023 tampoco contesta directamente a la tensión que observa el TS entre los apdos. 78 y 79 Sentencia Caixabank 2020 y el apdo. 55 de la Sentencia Kiss/CIB Bank 2019, anterior a ésta. Al contrario, utiliza dicho apdo. 55 de forma literal (apdo. 58) para declarar que por principio no causa desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes una cláusula cuya remuneración es posible conforme a la normativa vigente por los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de un préstamo o crédito hipotecario, (lo vemos luego), a condición de que se realice un control efectivo por el juez competente empleando los criterios que emanan de su pluma (apdo. 61). Pero es que lo que sostiene esta declaración, en sus apdos. 58 a 60 (seguimos con la Sentencia Caixabank 2023), es que dicho control no sería efectivo si existe una jurisprudencia nacional que exime al juez en cualquier asunto entrar no solo en la valoración de si los servicios «inherentes» de verdad pertenecen al marco de gestión y concesión del préstamo sino en la valoración de si los importes que debe abonar por dichos servicios son desmesurados o desproporcionados en relación con el importe del préstamo, por el mero hecho de que se prevea así en la regulación nacional, como es el caso de la comisión de apertura.

Por lo dicho, podemos afirmar que estamos ante la misma tensión que pone a cuestión el TS en su Auto como la que nosotros veíamos entre el art. 78 y la Declaración 3 de la Sentencia Caixabank 2020. Es una contradicción in terminis de la propia declaración tanto del apdo. 55 como del apdos. 58 y 59 de la Sentencia Caixabank 2023, porque aparte de que es en todo caso más fácil fijar un precio equilibrado o, como se ha dicho, ubicado dentro de la horquilla señalada por el TS y no entrar en si se cobra por uno, dos o varios servicios y compararlo con el importe del préstamo que identificar cuantas acciones se hayan llevado a cabo gestionando la concesión del préstamo, la diferencia

⁵⁷ Alude al apdo. 33 Sentencia Kiss/CIB Bank 2017.

entre el apdo. 55 y los apdos. 58 a 60 es que ya el TJUE en el apdo. 61 habla de «tramitación singularizada» (que tendrá, luego lo vemos, suma importancia), y solo habla de que el juez habrá de realizar el control efectivo comprobando en la posición jurídica de las partes, los servicios y no de los importes pagados por dichos servicios.

Finalmente, y con objeto de acabar nuestros argumentos, ponemos de manifiesto el hecho de que el TJUE **actúa de forma incoherente respecto de los argumentos** empleados en otros casos para considerar que la cláusula es o no accesoria. Por ejemplo, a diferencia de con la cláusula que estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera que fue declarada accesoria y no principal porque el prestamista no realiza ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo (Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, apdos. 58 y 59. 2º); porque en el caso de la cláusula comisión de apertura el prestamista debe de realizar cuanto menos los servicios que se enumeran o indican de forma difusa en la legislación, porque dependen de él; no depende, como en el caso de esta cláusula de otros factores económicos; por ello, podrían presuponerse dichas actividades y ser tildada la cláusula de esencial o al menos de no accesoria sin más. En el caso de la cláusula comisión de apertura el prestamista debe de realizar cuanto menos los servicios que se enumeran o indican de forma difusa incluso en la legislación con el término «inherentes», porque depende de él; no dependen, como en el caso de esta cláusula de la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014 de otros factores económicos; por ello, en nuestra opinión, podrían presuponerse dichas actividades y ser calificada de esencial, aunque las realicen otros en su nombre⁵⁸.

Pese a los argumentos destacados por nuestra parte, lo cierto es que con la toma de postura del TJUE en esta Sentencia CaixaBank 2023, si el TS ha aceptado que la comisión de apertura no es elemento esencial, aunque sea «importante», su ubicación es estar entre los elementos accesorios del contrato; necesita ser validada para que no se oponga a la protección que quiere brindar la Directiva 93/13, y, por tanto, tiene que pasar siempre tanto por el control de transparen-

⁵⁸ Nos parece en este punto interesante lo afirmado por la SAP-GI de 15 de febrero 2023 de que se distingan los servicios prestados o realizados a favor del cliente y no en interés de la entidad financiera; porque afirma que en múltiples resoluciones los gastos y servicios que se dicen prestados a favor del cliente en realidad no son sino los ya realizados por el cliente o los que benefician al prestamista y que son cobrados con los intereses del préstamo o son simples gastos que entran en el decurso normal del proceso de contratación; por ello, considera que para que el importe de la comisión no sea abusivo debe de justificarse aunque sea de forma aproximada (FD-CUARTO).

cia «extensiva» como por el control de abusividad. Y es ahí, donde discrepamos. Si es, como hemos argumentado algo distinto de los elementos accesorios del contrato, la comisión de apertura no tendrá siempre que pasar por los dos filtros de control o de la misma manera. Lo vemos.

3. REAFIRMADOS 4 DE LOS 5 CRITERIOS DE LA STS 44/2019 PARA ENJUICIAR LA TRANSPARENCIA «EXTENSIVA» DE LA COMISIÓN DE APERTURA

Con la STJUE de 16 de marzo 2023 podemos afirmar que quedan confirmados cuatro de los cinco criterios que el TS indica en su segunda cuestión prejudicial para que se pudiera valorar el carácter claro y comprensible de la comisión de apertura, eso sí, como apuntamos más arriba, considerando (el TS) que esta cláusula contenía un elemento esencial del contrato y, por tanto, podía ubicarse en el 4.2 Directiva 93/13.

Sabíamos que la transparencia «extensiva» que exige la Directiva 93/13 es predicable tanto para elementos esenciales como para los elementos accesorios del contrato de condiciones generales impuestas por una de las partes; los arts. 4.2 y 5 Directiva 93/13 exigen el mismo tipo de comprensión ex. apdo. 28⁵⁹). Así, cuando el TJUE aborda la segunda cuestión prejudicial planteada por el TS cambia la redacción y en vez de analizar si los criterios utilizados por el TS para enjuiciar el carácter claro y comprensible de la cláusula comisión de apertura se oponen al art. 4.2 Directiva 93/13, los remite al art. 5 Directiva (apdos. 29 y 32), afirmando, con apoyo del apdo. 36 de la Sentencia Kiss/CIB Bank 2019, que el alcance de la transparencia extensiva es la misma.

Entonces, ¿hay algún avance en este campo? Creemos que el avance se produce en dos aspectos:

⁵⁹ Vid. BENDITO CAÑIZARES, La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto de Tribunal Supremo de 10 de septiembre 2021, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo, 2022, epígrafe I intitulado ¿Precios y gastos para la concesión del préstamos hipotecario como elementos sometidos a la misma transparencia «extensiva» y a diferente juicio de abusividad?, donde señalamos el desarrollo del apdo. 43 de la STJUE de 21 de marzo de 2013/ RWE Vertrieb AG y Verbraucherzentrale Nordreih-Welsfalen eV o posibilidad real para el consumidor de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato, por la Sentencia de 30 de abril 2014, Kásler/Káslerné Rábai y OTP Jelzálogbank ZRt; pues en donde se acuña el término de «trasparencia extensiva» y se explica como aquella que exige la comprensión no solo al plano formal y gramatical (apdo. 71) sino que le permita al consumidor apreciar sus consecuencias.

Primero, porque el TJUE analiza los cinco criterios que el TS utiliza en su Sentencia 44/2019 (FD-CUARTO-6) para el enjuiciamiento de dicha transparencia en una cláusula comisión de apertura (que considera, lo repetimos una vez más, elemento esencial del contrato), y lo que hace es no solo confirmar que sea cual sea el elemento del contrato, es absolutamente necesaria la comprensión real de la «carga económica» (apdos. 39, 46 y 47) de lo que supone para el usuario dicha cláusula; dice con apoyo del apdo. 67 de STJUE Caixabank 16 julio 2020 y la jurisprudencia que ésta cita, que el contrato debe de exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula y su relación con otras cláusulas para que el consumidor pueda evaluar las «consecuencias económicas» que se deriven de él (apdos. 31 y 39) que no «jurídicas», lo que, a nuestro juicio, es un avance en cuanto clarifica qué se puede esperar del examen de esta transparencia material porque el aspecto jurídico de la cláusula lo deja para su análisis en el juicio de abusividad y sabemos por anteriores sentencias, como la cláusula suelo (STS 241/213, de 9 de mayo 2013⁶⁰), que estos dos aspectos, el económico y el jurídico, quedaban de alguna manera analizados en la fase de análisis de la transparencia extensiva o control de transparencia.

En efecto, el verdadero avance se produce en el apdo. 31 según el cual el consumidor debe quedar informado de las «condiciones económicas» que se deriven del contrato porque se haya expuesto de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trata e incluso de éste y el previsto para otras cláusulas. Como hemos destacado, habla de «consecuencias económicas» citando la Sentencia Caixabank 2020, la cual cita a su vez el apdo. 67 de la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014 (apuntamos de ella los apdos. 73, 75 y 86:2 y 4) y comprobamos que a esas condiciones o consecuencias económicas se refiere en toda la saga de sentencias posteriores (apdo. 37, Kiss 2019 y apdo. 43 Gómez del Moral 2020). Lo señalamos porque cuando el TS aborda el análisis de la transparencia de la cláusula suelo, la realidad es que constantemente⁶¹

⁶⁰ Asunto Ausbanc Consumo versus Banco Bilbao Vizcaya y otros. ECLI:ES:TS:2013:1916.

⁶¹ Por ejemplo, en la STS 166/21, de 23 de marzo, vuelve a repetirlo y eso que es una resolución que ya es posterior a la STJUE Kásler/Káslerné Rabai 2014 (dice: «El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula») (FD QUINTO 1-2°), y que parece conocer

está aludiendo a que la cláusula es válida si transparenta lo suficiente como para que el usuario del préstamo hipotecario comprenda realmente tanto a la carga económica como a la jurídica que asume tras la aceptación del contrato⁶². Define en su apdo. 210, la primera carga

que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (cita sentencias de 21 de marzo de 2013, C-92/11 , RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, C-26/13 , Kásler/Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, C-143/13, Matei/SC Volksbank 2015 y 23 de abril de 2015, C-96/14, Van Hove) cuando habla del control de transparencia se refiere a las consecuencias económicas (FD QUINTO 1-1^o). Sirve esta sentencia del TS para resumir las sentencias que él mismo había declarado abusivas: (a) las que estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; (b) las que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés; o bien, y (c) las que se concedan en una o varias divisas [FD QUINTO 6. (ii)]. Cláusulas que por supuesto no son las que analizaba en la resolución. Así, no declara abusiva la que combina interés fijo y variable, con la finalidad de que el pago mensual se realice mediante una cantidad fija, incrementada únicamente en un porcentaje anual (FD CUARTO 4.- 3^o) perteneciente a un préstamo denominado «hipoteca de tranquilidad» (FD PRIMERO 1). La reciente STS 298/2024, de 4 de marzo 2024, Ponente: JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG (ROJ: STS 1143/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1143), (FD SEGUNDO2.- 2^o), no distingue entre consecuencias económicas y jurídicas en el análisis de la transparencia material. Aunque en su núm. 3 parece distinguir las porque afirma que «3.- En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones contenida en la estipulación segunda del acuerdo, sería nula conforme a la jurisprudencia de aplicación. El hecho que la cláusula de renuncia se ciña a las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida no excluye que haya de examinarse su transparencia y, en su caso, abusividad, a la luz de los parámetros fijados por la reseñada sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020. Y en el caso objeto de este recurso, la cláusula de renuncia de acciones adolece de falta de transparencia, porque no consta acreditado que se hubieran facilitado al consumidor los datos e información exigible sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de dicha renuncia, que resultaban precisos para considerar que la misma fue fruto de un consentimiento libre e informado.

⁶⁰ Como hemos declarado reiteradamente (por todas, sentencia 63/2021, de 9 de febrero), «la consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho (arts. 83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.1 de la Directiva 93/13)».

⁶² Tras esta Sentencia, la verdad es que la doctrina nos habituamos a considerar que en la fase de si se realizó con éxito la transparencia forzada de la cláusula había que comprobar la comprensibilidad de ambas cargas; lo habitual era no distinguir en qué fase se podían analizar dichas cargas económicas y jurídicas. Vid. por ejemplo en el comentario a la sentencia que hace VALERO FERNÁNDEZ- REYES, *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013* (1916/2013), Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad, en Comentarios al BOE, epígrafe 5.10 b) *La acreditación de la existencia de una comprensión real por el prestatario de la transcendencia jurídica y económica de la cláusula suelo*. La sentencia de 9 de mayo 2013 es nombrada en estos comentarios con el número 1916/2013 pero nosotros preferimos llamarla por el número de sentencia y por tanto empleamos 241/2013.

como la onerosidad o el sacrificio patrimonial como contrapartida de la prestación económica que se quiere obtener y la carga jurídica como la posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato, así como la asignación o distribución de riesgos en la ejecución o desarrollo de este⁶³. Las consecuencias jurídicas tienen que ver con la posición jurídica de inferioridad que tendría el usuario del crédito, por ejemplo, renunciando a entablar acciones sobre la cláusula suelo. Sólo se admite la renuncia a entablar acciones futuras -dice el TS en la Sentencia en la Sentencia 558/2021, de 22 de julio (FD-Segundo.5.)⁶⁴, citando sus propias sentencias 580 y 581 de 2020⁶⁵, de 5 de noviembre e incluso la STJUE de 9 de julio 2020-, si estamos en cláusulas negociadas individualmente (FD SEGUNDO 2 y 3). La renuncia es justo lo que como veremos será uno de los criterios que deberá considerar el órgano remitente para valorar si hay desequilibrio grave entre las partes y, por tanto, en la fase del enjuiciamiento de la abusividad de la cláusula comisión de apertura que analizamos después y no en ésta de la transparencia material.

El segundo avance que encontramos en esta STJUE CaixaBank 2023 es que no solo analiza los cinco criterios solicitados por el TS, sino que, por una parte, pondera el valor de cada uno llegando considerar de importancia fundamental el hecho de que la entidad financiera haya transmitido al potencial prestatario la información obligatoria que deba dar conforme a la normativa nacional (apdo. 40) y, por otra, rechaza el criterio relativo al conocimiento generalizado de la cláusula comisión de apertura entre los consumidores de este tipo de contratos de préstamo (apdo. 41) que no es sino la notoriedad de la cláusula. ¿Para qué era necesario este análisis de los criterios que ya desde 2019 el TS venía aplicando?

Porque aun ubicando en el art. 5 Directiva 93/13 la cláusula comisión de apertura, aunque no supone cambio de exigencia en la transparencia «extensiva», sí que significa para el TJUE (y ahí está el avance real de haber pasado por su examen esta cuestión prejudicial), que, aunque no es obligación del prestatario precisar la naturaleza de los servicios que forman parte de la comisión de apertura, sí es necesario que la naturaleza de los mismos pueda razonablemente entenderse

⁶³ BENDITO CAÑIZARES, «La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del TS de 10 de septiembre 2021», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, Estudios, marzo 2022, epígrafe II. Transparencia reforzada sin excusas: qué hay que hacer para comprender y cómo y cuándo hacerlo comprender.

⁶⁴ Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO; ROJ: STS 3057/2021; ECLI:ES:TS:2021:3057

⁶⁵ La reciente STS 298/2024, de 4 de marzo 2024, Ponente: JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG (ROJ: STS 1143/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1143),

o «deducirse» del clausulado del contrato, a través de la mayoría de los criterios que le han sido señalados por el TS (apdo. 32); porque de lo que se trata (apdo. 69), ya lo dijo en la Sentencia Caixabank 16 julio 2020 (apdo. 70), y el juez debe de comprobar si la entidad comunicó al consumidor elementos suficientes para que adquiriese conocimiento del funcionamiento de la cláusula y su función dentro del contrato; en definitiva, los motivos que justifican dicho gasto o retribución (apdo. 35); ya que como advierte el TS no se desprende de su Sentencia Caixabank 16 de julio 2020, que una comisión de apertura que cumpla con la normativa vigente no pueda ser «intransparente», es decir que automáticamente cumpla con la transparencia ni del art. 4.2 ni del art. 5 de la Directiva 93/13 (apdos. 36, 37 y 38).

Pasando ya al comentario de los criterios que deben ser considerados a juicio del TS para valorar si la cláusula cumple con la transparencia extensiva, podemos afirmar que no hay mucho desarrollo por parte del TJUE, teniendo en cuenta que es la primera vez que se plantean en prejudicial. Resumidamente diremos que menos el atinente a la información obligatoria que conforme a la normativa nacional deban hacer las entidades bancarias de la cláusula de apertura a través de las fichas normalizadas (criterio segundo), el resto de los criterios son más convalidados que argumentados.

En efecto, distinguiéndolo del «modo en que está redactada esa cláusula en el contrato concreto», el TJUE, no confía para valorar el carácter comprensible y claro de la misma, y por ello lo descarta aunque sin argumentación, el **conocimiento generalizado entre los consumidores de dicha cláusula, primer criterio** (apdo. 41); considera, en cambio, «pertinente» y de importancia «fundamental» que se valore **la información obligatoria que las entidades bancarias deban realizar conforme a la normativa nacional de la cláusula al consumidor a través de las fichas normalizadas o segundo criterio** (apdo. 42), porque «principalmente», de dicha información se nutre para decidir si desea quedar o no vinculado contractualmente a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (cita los apdos. 74 y 70 Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014 y 44 Sentencia Kiss y Cib Bank 2019).

Es lógico que el TJUE no haya hecho mayor comentario acerca de la información obligatoria realizada través de las fichas normalizadas [FEIN y FIAE, ex. art. 15.2c)⁶⁶], las cuales se incorporan desde el 2019

⁶⁶ La Disposición transitoria cuarta LCCI dejó hasta el 21 de marzo de 2019 que los prestamistas pudieran utilizar la Ficha de Información Personalizada prevista en el artículo 22 y el Anexo II y la Ficha de Información Precontractual prevista

en la LCCI como la forma más clara y contundente de evitar la incomprensión de cualquier extremo del contrato; fichas que llegan a nuestra normativa en el mismo momento que la Sentencia del TS 44/2019 y que con toda la razón han sido citadas por el TS en su cuestión prejudicial. Pero, claro está, concibe a la comisión de apertura como elemento no esencial del contrato y por ello le vale con que a través de estas se pueda «deducir» la naturaleza de las acciones obligadas por nuestra normativa.

Pero, para nosotros que consideramos que la comisión es elemento «importante» en el contrato, creemos que a través de esas fichas uniformes se puede optar por guiar a la prestamista para no solo la descripción de las acciones que permitan al prestatario «deducir» su naturaleza sino informar con una descripción de detalle de cada una de las acciones realizadas, relatando su duración, número, tipo y coste. ¿Para qué?

Para que se considerarse que la transparencia «extensiva» exigida para decir que es válida la cláusula, sea además calificada de «avanzada» y no necesite de control alguno posterior o juicio de abusividad. Una cosa es «deducir» la naturaleza de los servicios prestados y otra es indicar cuáles en concreto se han realizado.

Pero volvamos a la realidad: como no es así porque estamos ante un elemento accesorio del contrato, por lo menos si se uniformara en dichas fichas cómo realizar el detalle de las acciones o servicios, ello faci-

en el art. 21 y en el Anexo I de dicha Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en lugar de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) prevista en su art. 10.2 y Anexo I.

^oAdemás de la información precontractual que pudiera realizarse a través de la ficha FEIN, la propia LCCI en su Disposición final duodécima, modifica el art. 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de

ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, sobre Protección del cliente de entidades de crédito y permite que el Ministerio de Economía y Empresa, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, y de los de préstamo objeto de dicha Ley, que pueda dictar disposiciones sobre información precontractual, la transparencia de comercialización de servicios o productos bancarios y en especial la de préstamos o créditos, donde pueden sus futuras normas insobrepasar a) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquirieran al recibir un préstamo; b) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración; c) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia; d) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante; e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente.

litaría a nuestros órganos judiciales, apreciar lo mismo de cada acción aunque sea en el juicio de abusividad y quizás, se podría, como de facto está pasando cuando se utiliza por ellos el 2º criterio detallado para enjuiciar el comportamiento leal y equitativo de la prestamista, pensar en parar en la fase primera de dicho juicio y no pasar a un temido control de precios apuntado, aunque con «cautela» por el TS, en la segunda fase de dicho juicio de abusividad cuando no haya principalmente «renuncia» a derechos por el prestatario (lo veremos en el epígrafe 4).

La publicidad de la entidad financiera en relación con el tipo de contrato o tercer criterio se justifica citando sin más el apdo. 74 Sentencia de 30 de abril de 2014 Kásler/Káslerné Rabai y el apdo. 44 Sentencia de 3 de octubre 2019 Kiss y CIB Bank (apdo. 43); y de la misma forma, pero remitiendo a la Sentencia CaixaBank 16 julio 2020 en su apdo. 68, entiende que «puede» tomarse en consideración, pero no como criterio «definitivo» **la especial atención que presta el consumidor medio**, a la cláusula **o 4º criterio** por ser una partida del precio que precisamente estipula un pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito. Entendemos que así lo considere porque en definitiva no entiende que la comisión de apertura sea objeto principal del contrato y menos al mismo nivel que la retribución de la amortización correspondiente (apdo. 44). Sin embargo, ya dijimos que éste podría ser un buen argumento para sostener que la Comisión de apertura es algo más que cualquier elemento accesorio del contrato, que el TJUE consideraba que ser una «cantidad sustancial», es criterio para valorar para decidir si razonablemente es transparente o no para el consumidor.

Finalmente, del criterio 5º relativo a **la redacción, ubicación y estructura de la cláusula**, el TJUE afirma que dichos elementos permiten constatar si la comisión de apertura es un elemento «importante» del contrato posibilitando al prestatario evaluar las consecuencias económicas (apdo. 46). No argumenta nada más y no hace falta, porque este criterio es imprescindible para que el segundo (apdo. 42), funcione; no puede haber comprensibilidad real y efectiva del funcionamiento de la cláusula por el potencial prestatario si la información obligatoria o la individual dada por la entidad al prestatario en el contexto negocial, se redacta confusamente, se ubica en lugar escondido y no se expresa ordenadamente; digamos que es su vehículo si se quiere llamar la atención del prestatario de que la comisión de apertura es algo «importante»; el «cómo» se transmiten dichas informaciones se constituye tan importante como el «qué» o la propia información. Por otra parte, se alinea dicho 5º criterio al más conocido de que el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre

los gastos y servicios que se retribuyen [apdo. 32] cuando el TJUE insiste citando el apdo. 43 Sentencia de 3 de octubre 2019, Asunto C-621/17, Kiss y CIB Bank, (en adelante, Kiss/CIB Bank 2019); al fin y al cabo, desde la STS de 9 de mayo 2014, 241/2013 (214 y 225.e)⁶⁷ relativa a las cláusulas suelo, se entiende que ese solapamiento creaba confusión y no permitía ver el funcionamiento de la cláusula que no permitía la variabilidad del interés a la baja porque se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas (225.b)⁶⁸.

Y claro está, para nosotros, —insistimos— el vehículo idóneo para que la redacción del contrato no posibilite la declaración de abusividad de la cláusula comisión de apertura es que transcriba fielmente el contenido de la ficha normalizada previamente preparado como guía en la descripción de las acciones que respondan a la gestión y concesión del préstamo responsable.

De lo que antecede podemos concluir, por una parte, que en 5 apdos. (41 al 45) el TJUE se pronuncia sobre la idoneidad de 4 de los 5 criterios que son apuntados por el TS para el enjuiciamiento de la transparencia extensiva de la cláusula comisión de apertura, habiendo empleado 15 apdos. (del 25 al 40), para explicar lo que ya se tenía claro respecto a que se exige la misma comprensión material tanto por el art. 4.2 como por el art. 5 Directiva 93/13; y por otra, que de los 4 criterios el principal el más valioso es el segundo relativo a la **información obligatoria que las entidades bancarias deban realizar conforme a la normativa nacional de la cláusula al consumidor a través de las fichas normalizadas** (apdo. 42); criterio que necesita, como vehículo de comprensión el 5º criterio relativo a la **redacción, ubicación y estructura de la cláusula** para calificarla de transparente «extensiva» que, pese a ello, necesita el control seguido del juicio de abusividad. Lo vemos.

⁶⁷ Dice textualmente: 214. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

⁶⁸ Recuerda VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013). Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad, pág. 168, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-9 que en el Auto 3 de julio 2013 aclaratorio de la sentencia se dice que ha sido la conjunción de todas las circunstancias que son señaladas en el apdo. 225 de la Sentencia de 9 de mayo las que determinaron que las concretas cláusulas suelo analizadas se consideraran no transparentes.

4. LAS «INDICACIONES» PARA REALIZAR EL JUICIO DE ABUSIVIDAD O CONTROL DE CONTENIDO DE CUALQUIER COMISIÓN DE APERTURA TRANSPARENTE O NO TRANSPARENTE

Como señalábamos más arriba, dentro de la comprensión del funcionamiento de la cláusula dentro del contrato, es un avance que el TJUE remarque que se refiere a las consecuencias económicas que no jurídicas. No es tratado su aspecto jurídico en el control de transparencia «extensiva» de la cláusula; solo es tratado su aspecto económico (apdo. 31). La **posición jurídica** «grave» que se desprenda de cualquier cláusula comisión de apertura, transparente o no transparente es la que deberá ser evaluada en el juicio de abusividad posterior al comentado de la transparencia extensiva y, en particular, utilizando aquella indicación⁶⁹ que sirva para evaluar con acierto si se ha producido un «desequilibrio importante» en el contrato por la cláusula.

Nos toca analizar ahora las indicaciones que rellenarán los dos ejes que llevan a la resolución del juicio de abusividad de forma positiva, a saber, la exigencia de buena fe en la actuación del profesional y la existencia de desequilibrio importante principalmente de la situación jurídica en que se encuentra el consumidor, y que, básicamente se describen en los apdos. 49 a 52 de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Son apartados que responden a la tercera cuestión planteada por el TS relativa a si es conforme a la Directiva 93/13 la jurisprudencia nacional que considera que la comisión de apertura que es transparente no es abusiva, esto es, a si se opone al juicio de abusividad que permite plantear el art. 3.1 Directiva 93/13 con el análisis de «la exigencia de buena fe» y «el desequilibrio importante» del contrato, los dos ejes o haces que miden la abusividad de cualquier cláusula condición general no pactada y que, como ahora diremos, precisamente en este campo de predisposición unilateral, confluyen⁷⁰.

⁶⁹ A pesar de que el punto [57] sí que habla de «criterios», subrayamos «indicación» /» indicaciones» que no «criterio»/»criterios» porque nos permite no confundirlos de los anteriores criterios y porque es la nomenclatura que utiliza de forma general la sentencia que comentamos del TJUE en el examen y resolución de la tercera y última cuestión planteada por el TS.

⁷⁰ Claro está que el TS lo que plantea en su última cuestión es si se puede tratar de manera distinta a una cláusula comisión de apertura que ha considerado desde 2019 elemento esencial de contrato en el sentido de no enjuiciar su abusividad si el enjuiciamiento previo de la transparencia extensiva fue positivo; pero el TJUE no se pronuncia acerca de si el juicio de abusividad realizable a partir del análisis de dichos dos ejes, sea necesario solo cuando la cláusula sea considerada intransparente porque, como se ha dicho, evidentemente ha descartado que la comisión de apertura

Los dos principales comentarios que nos suscitan estos dos ejes son:

De un lado, que es extraño que el TJUE apunte en primer término la **exigencia de buena fe en la acción del prestamista** y luego el **desequilibrio importante o menoscabo suficientemente gravoso** que origine la cláusula predispuesta en la posición jurídica del prestatario porque en realidad cualquier menoscabo de derechos a una parte, implica de suyo un comportamiento desleal e inequitativo. Nuestra doctrina europea lo expresa en sus Principios de Derecho contractual Europeo (*Principles of European Contract Law* - PECL) al inicio de la regulación como primera norma general. El art. 1:201 bajo el título «Buena fe y lealtad negocial»⁷¹ anuncia la indudable conexión de este criterio con el que tratamos en la primera fase de que se ha de exigir un comportamiento leal en la negociación. Dice: (1) *Cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial* y (2) *Las partes no podrán excluir ni limitar esta obligación*. De la misma, se recoge en el III-1:103 DCFR⁷² el principio de buena fe contractual⁷³, se predica de la actuación de la persona que incumple una obligación (1) e igualmente este deber no puede excluirse o limitarse mediante contrato u otro acto jurídico (2), aunque avanza que este incumplimiento no dará derecho a la parte que lo sufra de forma directa a los remedios previstos en la legislación aunque a no impedirá que se ejerciten y que la parte incumplidora se aproveche de las excepciones u otros derechos de los que dispondría si no hubiera incumplido (3).

De otro, que este desequilibrio importante lo anuda, en último extremo, además de al análisis de la posición jurídica del cliente al análisis de la comparativa de precios-servicios inherentes a la concesión del préstamo garantizado y al análisis de la naturaleza de los servicios del art. 4.1 Directiva 93/13. Cuando en realidad, como veremos, no se puede aplicar el criterio de la comparativa de precios que intuye el Tribunal de Justicia será inevitable muchas veces, para considerar que la cláusula es válida, salvo que haya, y es infrecuente,

sea elemento esencial del contrato, por lo que, en definitiva, ha a realizarse piense lo que piense el TS.

⁷¹ Se ubica en el Capítulo 1 relativo a las normas generales.

⁷² Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo (DCFR), Coord. JEREZ DELGADO, Colecc. Derecho Privado, Principios, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Primera edición, octubre 2015, págs. 36 y 37. Se basa este gran documento en el original Von Bar, Clive, Schulte-Nölke et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008.

⁷³ La buena fe contractual es definida en su Anexo así: «Buena fe contractual» es un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión (I.-1:103)».

una renuncia expresa del consumidor en el contrato a solicitar que servicios o acciones se realizaron para tener que cargar con los gastos que alberga la comisión de apertura; comparativa de precios que, al ser casi siempre necesaria, hace recomendar al TS de forma indirecta que se realice de forma cautelosa, como él lo hace porque abordar la proporcionalidad del importe de la comisión de apertura es prácticamente «incurrir en un control de precios» (FD SÉPTIMO-7. Sentencia 816/2023). Vayamos por partes:

4.1. La buena fe del prestamista hace a la cláusula leal y equitativa

Cita el TJUE en su apdo. 50, el apdo. 74 de su Sentencia Caixabank 2020 que recuerda al órgano remitente que debe comprobar si el consumidor en «un escenario de negociación individual del contrato» podría haber aceptado dicha cláusula si el profesional se hubiera comportado de manera leal y equitativa. En efecto, la buena fe no solo va ligada a una actuación por parte del prestamista que se modula con estos dos adjetivos: «leal» y «equitativa»; va ligada a una acción leal y equitativa que lleva a la aceptación de un contrato individual; así, se presume que el consumidor, si el prestamista actúa de forma leal y equitativa, aceptaría esta cláusula en «su» contrato de préstamo y no en un contrato estándar. Por lo que, a nuestro juicio, lo que se valora en esta fase del juicio de abusividad es la lealtad y equidad practicadas por el prestamista respecto de esta cláusula en ese concreto contrato.

La consecuencia, a nuestro entender, es que la forma de examinar la buena fe del prestamista es, para el TJUE, avanzar en el análisis del filtro de la transparencia extensiva; esto es, hay que examinar algo más que lo valorado en el criterio de comprensión de la carga económica que supone para el usuario el gasto de la comisión de apertura, porque para el TJUE cualquier comisión de apertura transparente o no transparente, como elemento accesorio del contrato que es, debe pasar por este juicio de abusividad.

Si no se interpretara así lo afirmado por el TJUE, si examináramos en esta fase la conducta llevada a cabo por el prestamista, analizando si ha abusado en el ejercicio responsable de la obligación de la concesión del préstamo, desde un punto de vista general, no serviría para nada adentrarnos en el enjuiciamiento de la abusividad y, con ello, en este primer criterio.

Por tanto, cobra sentido que ahora en el juicio de abusividad, en el control de contenido efectivo» (61), se indague acerca de las accio-

nes que el prestamista llevó a cabo incluso en el reducto de «servicios inherentes», si ha desarrollado acciones adecuadas, necesarias o no necesarias, por supuesto, con cargo al consumidor⁷⁴.

Veremos que alguno de los pronunciamientos jurisdiccionales inmediatamente posteriores a la STS 816/2023 de 29 de mayo, parten de un análisis pormenorizado de la transparencia extensiva y lo aplican finalmente en el examen del requisito de la buena fe y, por tanto, en el paso siguiente del control de abusividad, de forma que no tienen que entrar en el indeseado «control de precios» que anuncia el TS en su resolución (FD SÉPTIMO-7. Sentencia 816/2023). Lo analizamos en el epígrafe siguiente (5.) porque lo esgrimiremos como cortafuego al temido control de precios proponiendo que podamos hablar de la validez de una cláusula que siendo transparente extensiva se comprobó que fue leal y equitativa.

Ahora conviene seguir nuestro *excursus* apuntando para acabar el comentario a este primer haz de los dos criterios para el juicio de abusividad, que aunque los dos epítetos desgajados de las exigencias de la buena fe, la lealtad y la equidad, rozan inevitablemente el segundo haz, el de evitar el desequilibrio en el contrato, ello se debe, en nuestra opinión, a que en el ámbito de la contratación en masa sin discusión prestataria de condiciones contractuales, se admite un cierto desequilibrio económico ya que si no se perderían los caracteres de predisposición e imposición de la cláusula como condición general (apdos. 136 y 137 STS 241/2013, 9 DE MAYO 2013). Por lo tanto, lo que les distinguiría es que hay buscar si estamos ante un desequilibrio «importante» en el plano jurídico y no como hace el TJUE que en esta sede de buscar si hay desequilibrio importante de las partes propugna comparar precio y servicio prestado.

4.2. Un desequilibrio «importante» de las partes en el contrato se mide por la renuncia de derechos y sorprendentemente por la comparación del coste de la comisión de apertura y el precio total del préstamo

En efecto, hay que decir que el TJUE entiende que ese desequilibrio «importante» casi exclusivamente se anudará a la «posición jurídica» del prestatario o consumidor y no al plano económico; la razón es clara: la información que debe posibilitar el profesional a

⁷⁴ Por eso, el propio TJUE hace el oportuno comentario cuando analiza la definición legal de comisión de apertura y el cajón de sastre «servicios inherentes» (apdo. 60).

su potencial cliente para entender las consecuencias económicas que se deriven de la cláusula de comisión de apertura (apdo. 46), debe ser aquella que le sitúe en las mejores condiciones para entenderlo y ello ya tuvo que hacerlo a juicio del TJUE, principalmente con el criterio núm. 2 relativo a la información del funcionamiento de la cláusula a través del criterio núm. 5º relativo a la redacción, ubicación y estructura de la cláusula de los que propician el examen de la transparencia material; criterio que, en principio, es el que algunos órganos jurisdicciones especifican o detallan hasta el punto de mezclar los dos ámbitos: el de la comprensión material y el del control de la abusividad o de contenido, cuando analizan el primer eje de este último o práctica leal y equitativa por parte del prestamista para que el prestatario acepte sin reparos la cláusula en su contrato.

El problema está en que el TJUE da entrada al análisis del aspecto económico en este segundo eje cuando anteriormente, ya lo apuntamos, solo lo analizaba en la transparencia extensiva; aun cuando afirma y es la clave de bóveda de este análisis de abusividad (apdo. 51), que el órgano jurisdiccional «no puede limitar» su examen a la apreciación económica de la naturaleza cuantitativa basada en comparar el importe total de la operación y los costes de la comisión de apertura, no lo descarta. La comparación entre el precio de los servicios de gestión y desembolso del préstamo incluidos en la comisión de apertura y el precio total del conjunto del contrato de préstamo podrá considerarse por el órgano jurisdiccional al objeto de comprobar si hay o no desproporción, desequilibrio importante; para apreciar que no es razonable que los servicios que se presten como contrapartida del precio sean razonables dentro del ámbito de gestión como así se ha considerado en el apdo. 55 de la Sentencia Kiss/CIB Bank 2019 (apdo. 57).

Para ello, indica el TJUE al juez remitente que extienda su mirada no solo a la naturaleza del bien o servicios a los que se refiere junto con las circunstancias que se den en el momento de la celebración del contrato y otras cláusulas del propio contrato o de otro al que esté vinculado que, como criterios ya se indican en el art. 3.1 (apdo. 52), sino que observe tres aspectos que enumeramos desde el ordinal 2) para indicar que el 1) sería el aspecto económico residual del que estamos hablando: 2) si la propia regulación de la cláusula u otras normas nacionales restringen el contenido de sus derechos; 3) si la cláusula supone un obstáculo al ejercicio de sus derechos; y 4) si la propia cláusula impone una obligación adicional no prevista en la regulación [cita en el apdo. 51 la Sentencia Kiss/CIB Bank 2019 2019].

Obviando el comentario a la indicación 4) por la horquilla que supondría analizar qué tipos de obligaciones adicionales pueden impo-

nerse en una comisión de apertura, respecto a la indicación 2) el concluir si las disposiciones nacionales y en concreto la relativa a la cláusula de apertura ponen al usuario en una posición jurídica muy débil, es cuanto menos difícil: primero, porque es ya complicado aceptar que se entre en el análisis de lo que el legislador ya previó en su regulación con cierta preponderancia de los derechos del profesional y que además aboca a que el órgano jurisdiccional tenga que contar con la opinión del Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad; y segundo, porque si hipotéticamente analizáramos la normativa relativa a la cláusula, estaríamos analizando si se cumple por el predisponente la normativa sobre concesión de créditos y ello nos llevaría a nuestra afirmación de principio de que la concesión de créditos responsables, no es una obligación cualquiera respecto de la obligación de poner a disposición del prestatario el dinero y devolverlo con intereses si pactados, es una obligación a la que hay que dar un tratamiento especial; la forma, ya lo dijimos, es darle un tratamiento diferenciado de los otros gastos que surgen con ocasión del contrato de préstamo, que consistiría en que una vez comprobado que la cláusula se hubiese comprendido de forma real con los criterios señalados por el TJUE y sobre todo, aplicando el 2º criterio que es el que verdaderamente le informa a quien la recibe del funcionamiento de la cláusula en el contrato, esto es, lo que supone de carga económica por la naturaleza obligatoria de las actividades a realizar por el prestamista para decidir si es buen pagador de la obligación principal, prescindir de entrar en el juicio de abusividad; vamos, que el resultado sea, la abusividad directa aunque con los toques que harán que la cláusula no sea considerada con una abusividad directa igual que la relativa al elemento esencial del contrato del art. 4.2 Directiva 93/13.

No aceptado por el TJUE que estamos ante un elemento esencial del contrato, de los tres criterios restantes (en nuestra clasificación, 1) 2) y 3), este último relativo a determinar si la cláusula menoscaba los derechos previstos por la regulación imperativa prevista para consumidores de contratos en masa, esto es, si la cláusula predispuesta supone un obstáculo al ejercicio de sus derechos, es el que realmente podrá analizar con eficacia el juez en el examen del desequilibrio de la posición jurídica del consumidor.

Respecto a este aspecto hay que decir que el propio TJUE afirma categóricamente dos posibles situaciones: primero, que haya una cláusula relativa a la comisión de apertura que suponga renuncia por parte del usuario a que de futuro el profesional demostrara los servicios «inherentes» que en la concesión crédito realizó y justificaban el precio desembolsado; y segundo, que nuestra jurisprudencia con-

siderara que no es preciso examinar de oficio en ningún caso si esos servicios están realizados en el ámbito de gestión del crédito (apdo. 56). Ante cualquiera de estas dos situaciones, se consideraría que la cláusula se opondría al art. 3.1 Directiva 93/13 pues dificultan el ejercicio de los derechos del usuario.

Ahora bien, si no se dan ni la renuncia ni doctrina que frene la iniciativa judicial a examinar de oficio si los servicios están en el área de gestión de la concesión de un crédito responsable, esto es, si no hay obstáculos jurídicos nos encontraríamos inevitablemente en el análisis de la posición económica del usuario, la comparación de precios y servicios prestados que, aunque parezca secundaria o residual resurgirá dando cumplimiento a la indicación segunda.

Ante estas tres «indicaciones» podemos afirmar que, aunque como habíamos afirmado con la literalidad del apdo. 51 de la Sentencia Caixabank 2023, la comparativa económica de precios no es suficiente para que, si desmesurados respecto de los servicios realizados, se arroje el fiel de la balanza hacia el lado de la abusividad de la cláusula y sea lo definitivo la posición jurídica del consumidor, esto es que debe de considerarse de forma prioritaria a la económica el análisis de la posición jurídica del consumidor para calificar una comisión de apertura abusiva, al final, el menoscabo grave del desequilibrio entre partes contratantes ya desequilibradas, se dirimirá por la decisión respecto de la desproporción entre precio de la comisión de apertura y los servicios realizados; y de alguna manera, ya dijimos, lo intuye y lo permite el Tribunal de Luxemburgo cuando encuentra contraria al art. 3.1 Directiva 93/13 aquella cláusula que eximiera al profesional de demostrar que cumple los requisitos previstos en la normativa nacional [56] y aquella jurisprudencia nacional que en ningún caso considerara que la cláusula es abusiva por el mero hecho de que tenga por objeto servicios «inherentes» a la actividad de la prestamista, ya que limitaría la facultad de llevar a cabo de oficio el examen de abusividad de la cláusula [60].

¿Cómo salvar técnicamente el escollo al que llegamos cuando no podemos aplicar los criterios del TJUE, esto es, cuando en cualquier comisión de apertura en la que no se haya realizado por el usuario una renuncia a saber si los servicios inherentes a la gestión de crédito realizados por el profesional corresponden con el precio pagado, se discuta ante los órganos jurisdiccionales que no deben negarse a apreciar de oficio esta desproporción económica y se produzca la desarmonización que quería evitar el TS con su cuestión prejudicial?

5. ¿HAY QUE LLEGAR AL SORPRENDENTE CRITERIO DE LA COMPARATIVA ENTRE EL PRECIO DEL CONTRATO Y LOS SERVICIOS «INHERENTES» PRESTADOS?

Para nosotros, no hay que llegar a este criterio económico ni siquiera considerado residual tras analizar preponderantemente si la comisión de apertura menoscaba de forma grave la situación jurídica que no económica, (insistimos), del consumidor en dicho contrato y pagador de una cantidad incluso desproporcionada. Si se consideró que la prestamista no actuó leal y equitativamente, solo habrá de entrarse en el análisis del desequilibrio jurídico importante que origina la cláusula y si no puede valorarse porque no ha habido renuncia alguna a ningún derecho por el prestatario, entonces, considerar la posibilidad de hablar que la comisión de apertura transparente no leal ni equitativa adolece de una «abusividad estructural intermedia» respecto de la directa de las cláusulas que se refieran a elementos esenciales. Lo contestamos a continuación:

La desarmonización que puede producirse cuando no haya criterios que aplicar en el juicio de abusividad y deban entrar a evaluar de oficio la proporcionalidad del importe de la comisión de apertura la resuelve el TS en su Sentencia 816/2023 de 29 de mayo⁷⁵ fijando una horquilla de precios que, si respetada por la cláusula predispuesta se consideraría no abusiva. Si el desequilibrio importante de la posición económica del consumidor no se concretara con las estadísticas manejadas por el TS después de la STJUE como de facto por los órganos jurisdiccionales, volveríamos a la desarmonización que el TS quería evitar se extendiera cuando planteó su doctrina al TJUE.

En efecto, no le queda más remedio al TS que fijar horquillas para valorar la cuantía de la cláusula pues se ha visto arrastrado a solucionar el final de su control de abusividad con análisis la indicación residual que introduce el TJUE para cuando se hayan gastado las indicaciones para juzgar si hay un equilibrio importante en la posición jurídica de las partes. Tarda el TS dos meses en aplicar la doctrina del

⁷⁵ ROJ: STS 2131/2023, El TS desestima la Sentencia de 27 de diciembre de 2018 de la Secc. 5ª de la AP de Mallorca que desestima el recurso de apelación de CaixaBank; la Audiencia confirma pues la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mahón de 27 de junio 2018, que declara nula por abusiva la cláusula 4ª, apdo. A sobre el devengo de la comisión de apertura de 845 E de un préstamo de 130.000 E; cláusula sencilla que decía que se estipula a favor de la prestamista la comisión que asciende a dicha cantidad. Por tanto, siendo transparente, la razón por la que la Audiencia declara abusiva la cláusula es porque «la prestamista no había justificado que el cobro de la comisión se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo» (punto 5-FD PRIMERO).

TJUE con su Sentencia 816/2023 de 29 de mayo⁷⁶), y aceptando que ha de modificar su propia jurisprudencia porque ahora procede un control de abusividad aunque la cláusula sea transparente, adelanta que la doctrina del TJUE no lleva a una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura (FD OCTAVO-1), sino que se ha de comprobar, al menos desde su punto de vista casacional, si la sentencia recurrida aplica los criterios establecidos por la STJUE para enjuiciar el control de abusividad. Así, resuelve el segundo motivo de casación en el que se denuncia por la prestamista la infracción del art. 4.2 Directiva 93/13 y del 82.1 TRLCU porque la comisión de apertura es precio junto con el interés remuneratorio y, por tanto, está excluida del control de contenido (de abusividad), exponiendo la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (por supuesto, la que resuelve su Auto) y, evidentemente, la suya (esencialmente la Sentencia 44/2019). Explica a la parte que debe modificar su doctrina y que procede un control de abusividad aunque la cláusula sea transparente (FD SÉPTIMO-1). Le recuerda a la recurrente cuáles son los elementos que debe comprobar el juez nacional para concluir si la cláusula es clara y comprensible (FD SÉPTIMO-2 y 3) y respecto al juicio de abusividad, resume los dos criterios sentados por el TJUE respecto a la buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, que deben ser comprobados por el juez nacional competente: (i) que no pueda razonablemente considerarse que los servicios proporcionados por el prestamista como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones de concesión del crédito (porque si razonablemente pueden considerarse así⁷⁷ o (ii) que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación al importe del préstamo (FDs SÉPTIMO-4 y 5). ¿Qué significa la aplicación de estos criterios?

Que debe entrar a ponderar la proporcionalidad del importe de la cláusula comisión de apertura, y lo hace -dice y dice bien- «con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios». De esta forma utilizando unas estadísticas que no identifica formalmente (solo nos remite a Internet, ni siquiera

⁷⁶ Dejamos aparte la resolución de los gastos notariales y registrales que también trata en los FDs TERCERO-4 y 5.

⁷⁷ El TS se pronuncia sobre la proporcionalidad del precio de la comisión de apertura porque la resolución de la Audiencia recurrida basa la abusividad de la cláusula en que no hubo prueba de los servicios realizados por la prestamista en orden a la concesión del préstamo razonable y considera que el análisis únicamente de si se justificó o no por el prestamista los servicios que se retribuyeron con la comisión de apertura, no es requisito de validez por el TJUE y lo descarta (FD OCTAVO-8).

a una página concreta como la del portal del Banco de España) y que dice representan el coste medio de las comisiones en España (oscilan entre 0,25 y 1,50 %), concluye que una comisión de 845 E sobre un capital de 130.000 E no parece desproporcionada ya que supone un 0.65% del capital (FD OCTAVO-7).

Pero en su expresión de que «entra con cautela» está el quiz de la cuestión; al aplicar dichas estadísticas para tomar la decisión de que dicha comisión no es abusiva porque su importe es proporcional, el TS ha llegado al control de precios Y es lógico, no entendemos por qué lo duda. Como observó el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, de la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai 2014, el fundamento de la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio del art. 4.2 Directiva 93/13, se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Por tanto, si situamos fuera del precepto a la comisión de apertura, cabe perfectamente realizar el control de precios si fijamos de forma imperativa la horquilla en qué moverse la decisión. Estamos ante una comisión accesoria, única que admite dicho control de precios y no hay que ser cautelosos salvo que se esté refiriéndose el TS a que cada órgano jurisdiccional debe aplicar la horquilla que él extrae de alguna web, que no deben aplicar la horquilla que quieran o deduzcan de alguna otra base de datos. Quizás, visto lo visto en el pasado, al TS no le queda más remedio que invitar a ser «cautelosos» cuando se entre en el control de precios.

Pero insistimos: ¿es absolutamente necesario llegar al examen de la proporcionalidad de los importes de las comisiones de apertura respecto de los servicios prestados?

Desde nuestro punto de vista, ya lo explicamos, no hay necesariamente hay que llegar a este otro criterio que evidentemente lo que está resolviendo es si hay o no desequilibrio importante entre precio y servicio «inherente», al efectivo control de precios. ¿Cómo?

Lo adelantamos en el epígrafe 4. al exponer qué significa tratar al prestatario de una forma desleal, sin buena fe: y la respuesta resumida es que será desleal el prestamista que no pueda demostrar los servicios en específico realizados para la concesión del crédito a sus prestatarios, se hayan o no especificado en el contrato, porque, en este último caso, se haya utilizado en su redacción la definición laxa de comisión de apertura que nos proporciona la norma.

En definitiva, aunque no nos deberíamos conformar con la explicación de la descripción general o laxa de la norma en la fase de

transparencia extensiva (recordad que no es un criterio definitivo), lo que sí es cierto es que debemos exigir en la fase de abusividad que la lealtad sea posibilitar la comprobación de los servicios realizados, porque de lo contrario esta fase no serviría para nada. Y después, si nos detenemos en comprobar si se han desarrollado, no deberíamos entrar sino en que haya una desproporción jurídica de intereses en el contrato, que no económica.

Así lo hace la Audiencia Provincial de las Palmas en su sentencia de 19 de junio 2023 (15 días después de la resolución del TS), que, afirma pronunciarse⁷⁸ en contra del TS tanto en sus razonamientos como en sus conclusiones, eso sí, de forma muy respetuosa (dice: «con todos sus respetos al TS», FD SEGUNDO); examina si la comisión de apertura «responde a la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, el diseño y a la tramitación SINGULARIZADA de la solicitud de préstamo; tramitación individualizada que, explica, supone comprobar si hay o no hay pruebas sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios que se incluían en la comisión de apertura y por qué los mismos eran adecuados y necesarios atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado⁷⁹... (FD SEGUNDO-2-C-4). No entra en si el precio por dichos servicios es o no proporcional (la expresión que utiliza es muy comprensible: «cobrar un precio, el que sea, ...»). Se queda en el paso previo, en el análisis del apdo. 50 de la STJUE: que el prestamista trata de manera desleal a sus prestatarios cuando no dice una sola palabra acerca del número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios y de su necesidad atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo; de forma que no se podía esperar razonablemente que los prestatarios aceptarían una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (FD SEGUNDO-2-C-1). Y, claro, ¿cuáles son esas circunstancias concretas? La Sala lo había ya

⁷⁸ Lo hace recordando sobre la base del art. 267 TFUE y del apdo. 42 de la STJUE 19 septiembre 2019, (Lovasné Tóth, C-34/18), que toda apreciación de los hechos y del Derecho nacional corresponde exclusivamente al juez nacional (apdo. 37). Por lo que entiende (mal desde nuestro punto de vista, como hemos afirmado en el cuerpo de este escrito), que la doctrina sentada por el TS en la Sentencia de 29 de mayo 2023 según la cual para decidir si la comisión de apertura es o no abusiva solo procede examinar que los servicios que retribuyen con esta comisión no están ya incluidos en otros concepto cobrados al consumidor y que el importe sea o no desproporcionado dependiendo de si está en la horquilla entre 0,25% y 1,5% del capital, primero, limita la facultad de los tribunales de llevar a cabo de oficio en su caso el examen de la potencial abusividad de las cláusulas de comisión de apertura y además es insuficiente.

⁷⁹ Por eso la AP declara la cláusula examinada nula por ser abusiva. (FD SEGUNDO 2-C-5).

reseñado de forma muy irónica cuando en sus reflexiones describe el desconocimiento general del casi cien por cien de los usuarios medios de lo que llama «enigmático departamento de riesgos» del banco, departamento que se debe ocupar de estos menesteres en la tramitación de las solicitudes de préstamo; concluyendo que somos capaces de entender que no es lo mismo la concesión de un crédito respecto del precio de la finca, respecto del perfil del usuario (funcionario con nómina fija o no), respecto de la cuota del préstamo a devolver mensualmente (si supone más o menos de un 30% del salario) o si respecto a la existencia o no de otro préstamo y de los avales de los que pueda disponer; habrá que realizar, según el caso, más o menos operaciones o servicios «inherentes» y habrá que informar de ello al cliente (FD. SEGUNDO-1-D); estas circunstancias deben operar y no conformarse como así considera el TS, con la información obligada por la normativa (apdo.5 FD. SEGUNDO-1-D).

Si nos fijamos bien, esa información que sobre las circunstancias defiende la Sala de Las Palmas, sirve para poder considerar si el requisito de lealtad en la negociación del contrato predispuesto que exige el TJUE, se cumple, pero, curiosamente, se desarrolla en el FD SEGUNDO-1 relativo al control de transparencia extensiva. La Sala «mezcla» sin o con intención los dos planos a los que hacíamos referencias en el epígrafe anterior: el de la transparencia extensiva que, en principio, puede hacerse aunque no como criterio único, de forma general o para todo tipo de contratos con los criterios 3 y 5 que nos apunta el TJUE cuando habla de la información del funcionamiento de la cláusula en el contrato y de la redacción, ubicación y estructura de la cláusula en el mismo, y el plano singularizado de la lealtad que pertenece al enjuiciamiento de su abusividad.

¿Por qué?

Lo dos planos, el general de la comprensión extensiva y el individual de la indagación del leal y equitativo proceder del profesional se confunden o se mezclan inevitablemente en la mayoría de las ocasiones porque desde nuestro punto de vista en realidad estamos ante un elemento «importante» del contrato cuando hablamos de una comisión de apertura y no ante un simple elemento accesorio. Como para la concesión responsable de un préstamo hay que indagar en la concreta solvencia del futuro cliente, ello no se realiza con una única acción que además pueda ser predicada de forma estándar en cualquier contrato. El propio prestamista no debe arriesgarse hasta el punto de no comprobar quién es su cliente y debe de poderlo explicar.

En los demás gastos, esto no pasa. No hay riesgo, solo hay un gasto o coste por el servicio prestado normalmente por terceros.

Verdaderamente, la AP de las Palmas con su Sentencia temprana respecto a la emitida por el TS hizo un importante ejercicio de reflexión de los dos tipos de control a aplicar cuando estamos calificando a la comisión de apertura como un elemento accesorio del contrato, el control de transparencia y el control de contenido, y nos da la base para pensar que un control de transparencia realizado conforme a los criterios del TJUE si llevaban a la calificación de la cláusula de transparente extensiva pero «avanzada», vedaría el siguiente paso de controlar su abusividad; la razón (sentimos la repetición), es que en el juicio de abusividad, el leal comportamiento ínsito en la buena fe del prestamista ya estarían analizadas con un control de transparencia realizado de forma individualizada; ya habría informado el prestamista de forma suficiente el mecanismo en concreto de la cláusula en el contrato, más allá de la Orden 5 de mayo 1994 que la regula, esto es, el número, duración, etc. del estudio previo a la concesión de su préstamo, criterio que sirve para evaluar el comportamiento de la prestamista en la fase primera del juicio de abusividad si no fue así.

Pero no es la única sentencia que nos sigue confirmando esta mezcla inevitable de criterios y nuestra postura; así no hay más que leer el encabezamiento del análisis de la cláusula comisión de apertura que realiza la AP de Zaragoza 6 meses después en su Sentencia de 28 de diciembre 2023: «*FD CUARTO.3. Esquemáticamente, los criterios determinados por el TS para reconocer la validez de la comisión de apertura -relacionados de un modo u otro con los controles de inclusión, transparencia y abusividad_ serían los siguientes:...*» (aquí menciona todos los analizados en estas páginas sin orden ni concierto). Repite la Audiencia los criterios clasificados por el TS y los requisitos de la Orden que la regula (núm. 2. FD QUINTO), y los analiza y comprueba sin jerarquía alguna (núm. 3. FD QUINTO) y llega a la conclusión de que es transparente y no abusiva (núm. 4. FD QUINTO).

De casi la misma fecha es la SAP Valencia, Sentencia de 23 de diciembre 2023 y si de ella podemos decir que hace mayor esfuerzo por plasmar los criterios y doctrina de la cláusula de apertura, lo que nos parece resaltable es que en la valoración que hace de la misma (FD TERCERO- Valoración del supuesto concreto), comienza (segundo párrafo) con que «*es pertinente realizar una valoración de la transparencia*», llegando tras su análisis, a determinar que lo es mezclando los requisitos una vez más; dice: «*la cláusula es transparente, tiene una redacción clara, no se solapa con otras comisiones, y el importe es*

proporcionado», por lo que estima el recurso de apelación y revoca la sentencia recurrida en este punto (último párrafo)⁸⁰.

6. LA VUELTA A LA CONFUSIÓN DE CRITERIOS DE TRANSPARENCIA MATERIAL Y CONTROL DE TRANSPARENCIA Y EL PRETENDIDO AVANCE DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE LA DESPROPORCIÓN ENTRE EL GASTO Y SERVICIO CON EXIGENCIA DE FACTURAS.

Pero es que no solo los criterios y su aplicación se mezclan inevitablemente de forma que diluyen, desde nuestro punto de vista, el riesgo de volver a la desarmonización que el TS quería evitar con sus preguntas al TJUE, sino que como puede observarse en las dos recientes cuestiones planteadas en la cuestión prejudicial al TJUE por el JPI núm. 6 de Ceuta con su Auto de 2 de enero 2024⁸¹), la jueza parece los mezcla; pero es que, asumiendo el punto de partida de que el propio TS reconoce que no hay una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula (FD-15.- final), y de que hay que pasar por los dos controles de transparencia y de contenido, porque no es una comisión que es parte de la remuneración del contrato (FD-17.-), mezcla ambos controles cuando resume los «razonamientos» base del TS (FD-16.-) para examinarlos (FD-16.-), y además, incluye como criterios nuevos para enjuiciar la transparencia material algunos específicos del préstamo, haciendo con ello un examen individualizado de dicha transparencia. En definitiva, en la primera cuestión utiliza los criterios específicos ya visto por la AP de las Palmas para examinar el juicio de abusividad, y en la segunda prejudicial, utiliza criterios que en nada se distinguen de los anteriores para hacer un examen de la transparencia extensiva individualizada o avanzada. Lo explicamos y antes reproducimos literalmente estas dos cuestiones con objeto de evitar si hemos hecho una mala interpretación de ellas; dicen:

«20.- Primera. Si la normativa europea se opone a la interpretación por parte del Tribunal Supremo en relación con la comisión de apertura, según la cual la mera indicación en la escritura de hipoteca del importe de la cláusula y que dicha cuantía no excede del límite fijado, es suficiente para considerar la falta de abusividad, visto el art. 4.2 de la Directiva

⁸⁰ En esta sentencia la Audiencia considera prueba suficiente la labor de información realizada por el Notario en su notaría cuando advierte expresamente al prestatario de las obligaciones que asume.

⁸¹ AJPII Ceuta, a 02 de enero de 2024 - ROJ: AJPII 1/2024, ECLI:ES:JPII:2024:1ª.

93/13/CEE, por carencia de transparencia, aún sin especificarse en dicha cláusula su contenido ni tiempo...»; y

«**21.- Segunda.** Si la cláusula en cuestión es informada previamente al consumidor y no se entiende comprendida en la actividad de préstamo bancario como así indica la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo⁸², y si se reputa ajena al propio interés remuneratorio, si no se deberían girar las facturas y especificar en definitiva dichos servicios antes de repercutirlos al consumidor; y si tales omisiones no serían contrarias a la normativa europea al afectar a la transparencia en sentido material de la referida cláusula».

Así, en la primera cuestión plantea si es suficiente para que la cláusula no transparente sea enjuiciada en su abusividad que se cumplan los dos criterios que el TS señala después de la interpretación de la Sentencia del TJUE, es decir, si se indicó al consumidor en la escritura de hipoteca el importe de la comisión y que dicho importe está entre los límites fijados (no especifica cuáles ni quién los fija en la cuestión, pero le había indicado antes al TJUE, en el FD-16, la horquilla u coste medio oscilante de 0,25 % y 1,5 %, en el que no se consideraría abusiva la comisión por el TS). Lo que está haciendo la jueza es preguntar al TJUE por la necesidad de analizar además, en el juicio de abusividad si se informó del tiempo y del contenido (por cierto, que no apunta a qué se refiere exactamente, salvo que se refiriera a la indicación y demostración de cada una de las actividades que pudieran realizarse en el área del examen por la prestamista de la concesión del préstamo); criterios que no utiliza el TS para conformar dicha doctrina y que como hemos visto, la AP de Las Palmas aunque los anunciaba en fase de transparencia extensiva los aplicaba en el del juicio de abusividad así: número, duración, etc. del estudio previo a la concesión de su préstamo.

En la segunda cuestión prejudicial, la jueza aborda el tema de realizar una comprobación pormenorizada de la transparencia material; pregunta en concreto si en esta fase se deberían ya especificar los servicios y sus costes (a través de facturas), antes de repercutirlos al consumidor; pues las omisiones de dichas acciones podrían ser contrarias a la normativa europea. Por lo que en realidad lo que hace es asumir que si se declararan necesarios realmente estos criterios no deberían analizarse en el juicio de abusividad en lo relativo a la lealtad y buena fe exigidas y una cláusula que no los pasase debería de

⁸² Se refiere a Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010.

ser considerada abusiva pudiéndose decir que adolece de abusividad estructural directa.

Resumimos: las dos fases por las que teóricamente, dada la calificación de elemento accesorio del contrato, ha de pasar la comisión de apertura transparente o no transparente para llegar a considerarse abusiva o no y, por tanto, nula o válida, se desdibujan. Unas veces porque los criterios que unas AP utilizan para una de las fases se aplican en las dos (AP de Las Palmas), otras porque, sin especificar mucho, se utilizan para calificar si la cláusula es abusiva pero solo cuando es intransparente (en la misma oración habla de la «*falta de abusividad*»... «*por carencia de transparencia*» (caso de la AP Ceuta) y finalmente, otras porque se cuestionan criterios específicos en el enjuiciamiento de la transparencia material que podrían servir en la fase de abusividad en el criterio de lealtad o buena fe (caso de la AP Ceuta).

Entendemos que estamos en una aplicación con mezcla inevitable de criterios, es decir, que parece no puede separarse el criterio de informar sobre cómo funciona la cláusula en el contrato que se ubica en la fase de transparencia extensiva y el elemento de la lealtad y equidad de la buena fe de la fase del juicio de abusividad, dado que los criterios individuales al préstamo para enjuiciar la transparencia de la cláusula son los que realmente se van a utilizar o pueden utilizarse en la fase del juicio de abusividad. Si esto es así, la deducción es fácil: se podría hablar de una abusividad estructural intermedia de la cláusula que hace de ella un *tertium genus* de gasto hipotecario o no, cuando sea transparente extensivamente pero no leal ni equitativa.

Otro tema sería que siendo intransparente y pasando ya al juicio de abusividad se parara el análisis de la desproporción entre lo cobrado y lo servido con la horquilla que fija el TS, al considerar que no se pida la prueba de dichos servicios de una comisión que se sitúa dentro de la horquilla. Eso es lo que pregunta la jueza ceutí y muchas organizaciones de usuarios como ASUFIN⁸³, pues consideran que dicha exigencia sería lo más beneficioso para sus asociados. Pero es que, insistimos una vez más, la comisión de apertura no es un gasto equiparable a los demás; no se le puede aplicar de hecho el art. 5.1.a) Ley 2/2009. Se volvería a cometer el error de 2020.

⁸³ Anuncia esta Asociación de Usuarios Financieros en esta <https://www.asufin.com/comision-apertura-ceuta-tjue/> que numerosas Audiencias provinciales como las de Vizcaya, Las Palmas y Orense, quieren superar el criterio sentado por el Supremo de detenerse en la transparencia que da el tanto por ciento incluido dentro de la horquilla él fijada, exigiendo la prueba de los servicios repercutidos.

NUESTRAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. La cláusula comisión de apertura no es elemento esencial del contrato, pero sin duda, es elemento «importante» y no accesorio por mucho alegato, ahora «imperativo», de que por la falta de previsión de sanción civil pueda conceptuarse que no guarda con la obligación principal del contrato una relación directa y se tenga que aplicar la restricción que supone el art. 4.2 Directiva 93/13.

Creemos que, pese a todo, la comisión de apertura, si bien no es precio contraprestación de la obligación principal del profesional en el contrato de préstamo, no es un gasto como los llamados accesorios, aunque participe de ciertas características; y lo creemos principalmente porque para el TJUE es precio de una capital obligación de investigar la solvencia del potencial deudor dado que propende a un no sobreendeudamiento del mercado en la concesión de préstamos responsables; basta con citar su propia jurisprudencia (últimamente la Sentencia de 11 de enero de 2024), en la que dicha obligación es tan importante que si incumplida produce la pérdida de los intereses remuneratorios, sanción civil prevista en algunos Derechos como el Derecho Checo, incluso cuando el contrato se hubiere ejecutado sin perjuicio para el prestatario.

No puede decirse pues que no guarda con la obligación principal de poner el dinero a disposición del cliente una relación directa y que por ello no es elemento esencial del contrato y que sí lo guarde cuando se prevea en la legislación interna de los países una sanción civil, lo que no es nuestro caso; sería propender a la desigualdad de trato europeo de las distintas comisiones de apertura. Y tampoco puede sostenerse que ahora, con esta sentencia, imponga al juez remitente, en nuestro caso el TS, su criterio a la hora de analizar la naturaleza de la comisión de apertura cuando desde 2014, en la Sentencia Kásler/Káslerné Rabai afirmaba que a él solo le correspondía dar indicaciones para dicho cometido, no imponerse. Qué razón tiene el TS cuando le recuerda sus propias posibilidades de actuación en la *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales de 25 d eno viembre 2016*.

2. Observamos tres avances que llegan del TJUE en la fase de transparencia extensiva:

Primero, que por fin se señala con nitidez que en la fase de transparencia extensiva se analizan la información de las consecuencias

económicas que no jurídicas, aspecto que se pospone al subsiguiente juicio de abusividad;

Segundo, que encuentra pertinentes y adecuados cuatro de los cinco criterios que había señalado para dicha valoración el TS en su Sentencia 44/2019 cuando consideraba a la cláusula comisión de apertura elemento esencial del contrato; y

Tercero, que en ella especifique que solo se ha de comprobar si con estos criterios el prestatario puede deducir la naturaleza de los servicios proporcionados en la concesión del préstamo como contrapartida a los gastos que debe asumir, pues a eso se refería en su Sentencia Caixabank 2020, por lo que la especificación de cada uno de los servicios prestados que no el precio, queda para el juicio de abusividad.

El TJUE, calificando la cláusula comisión de apertura como elemento accesorio del contrato analiza los cinco criterios que el TS presenta en su cuestión para el análisis de la cláusula cuando la consideraba elemento esencial del contrato, sin problema alguno.

De dichos criterios, el TJUE solo descarta el primero relativo al conocimiento general del funcionamiento de la cláusula por los usuarios de este tipo de contratos o notoriedad de la cláusula. Los cuatro restantes, esto es, la información obligatoria que las entidades bancarias deban realizar conforme a la normativa nacional de la cláusula al consumidor a través de las fichas normalizadas, la publicidad de la entidad financiera en relación con el tipo de contrato, la especial atención que presta el consumidor medio y la circunstancia de la redacción, ubicación y estructura de la cláusula en el contrato, se consideran esenciales, para valorar si el consumidor comprendió el funcionamiento de la cláusula, esto es, que es una carga económica (que no jurídica, lo que supone también un avance, apdo. 31), a soportar porque entendió deduciendo la naturaleza de los servicios prestados y nada más. **¿Y qué supone?**

3. Esta es nuestra propuesta principal: La consecuencia fundamental a este calificativo de «importante» que revelan los criterios de transparencia es que el juicio de abusividad solo debe realizarse cuando la cláusula no sea transparente «extensiva-avanzada» porque no se especificaron los servicios concretos que se realizan para la concesión del préstamo o cuando en ella se encuentra un desequilibrio en la posición jurídica de las partes en el contrato, porque para calificarla de «avanzada» se emplea el mismo criterio 2º que se emplea para el análisis de la primera fase del juicio de abusividad.

En nuestra opinión, precisamente porque la comisión de apertura no es un elemento accesorio sin más, sino que debe ser tratada como un *tertium genus* entre la remuneración del préstamo y los demás gastos del contrato, se deben distinguir estas situaciones:

Que la cláusula sea transparente extensiva porque en su transmisión se utilizaron los términos legales del concepto de cláusula comisión de apertura; en este caso no puede pararse el juicio de abusividad que se solicite; juicio que se constreñirá a exigir al prestamista prueba de que se realizaron dichos servicios inherentes a la cláusula de apertura y así comprobar que no hubo mala fe ni deslealtad por su parte y nunca a que justifique el equilibrio de precios-servicios. Por supuesto que se analizará también si hubo desequilibrio de la posición jurídica de las partes.

Que sea transparente porque se especificaron los servicios que respondan a la naturaleza de gestión del préstamo responsable por el prestamista y por tanto respecto a ese contrato en particular sí se informó y se comprendieron la naturaleza de los servicios cuyo importe se carga al prestatario. En este caso, considerar que es una cláusula transparente «extensiva-avanzada» y no entrar al juicio de abusividad.

Como puede verse, que no sea transparente solo se abriría el juicio de abusividad para comprobar si hay desequilibrio en la posición jurídica de las partes con los criterios marcados también por el TJUE, porque ya se ha cumplido con mucho la transparencia extensiva. Por tanto, en este segundo caso pondríamos hablar de abusividad estructural y estaríamos en la línea que el TS apunta y que destaca el apdo. 36 el propio TJUE en la Sentencia que comentamos y es que de su jurisprudencia no se desprende que una comisión de apertura que cumpla con la normativa vigente no pueda ser «intransparente», es decir que automáticamente cumpla con la transparencia ni del art. 4.2 ni del art. 5 de la Directiva 93/13.

4. Resumen de nuestras propuestas: El examen «singularizado» del control de transparencia lleva a ratificar que la cláusula comisión de apertura no es un elemento accesorio más; es un elemento «importante» en el contrato y nos lleva, comprobadas sus acciones para saber si el prestamista actuó de forma leal a evitar el control de precios; de forma que en el juicio de abusividad solo se trataría si hubo o no en el contrato renuncia a algún derecho y no a un control de precios.

Ya han pasados 9 meses desde la STJUE que nos ocupa, y entendemos modestamente que la solución para aligerar esta situación y no caer de nuevo en la desarmonía que supone la comparativa de precios-servicios inherentes, es tratar de considerar que aun aceptando que la comisión de apertura es elemento no esencial del contrato, es «importante» pues al final estamos hablando del precio de una obligación concreta no comparable con las verdaderamente accesorias que atienden a otros pagos por otros menesteres; se coloca en un *tertium genus* que hay que tratar algo diferente y la forma de diferenciarla del resto de gastos sería considerar que si se cumplió por el prestamista la transmisión de la real carga económica que soportaría su potencial cliente que supone la información de los servicios concretos que no estandarizados de esa cláusula no debe de llevarse a juicio de abusividad. Y en este sentido el apoyo lo tendríamos en que ya nuestros órganos jurisdiccionales están apuntando la necesidad de realizar una información «singularizada» de esta obligación del prestamista.

Si a pesar de ello, alguna parte quisiera plantear el desequilibrio «importante» al órgano jurisdiccional, podría por supuesto, pero tendría que saltar la presunción establecida por el TJUE para ello, a saber, que no hay cláusula de renuncia por el usuario para reclamar que se le justifiquen los gastos de los servicios «inherentes»; pues es cuando se entiende que la cláusula está dentro del equilibrio que el legislador quiere lograr cuando la conceptúa y que si a pesar de todo, se solicita qué servicios se realizaron por el profesional, una vez demostrado ante el órgano jurisdiccional que se corresponden perfectamente con la línea de gestión de una concesión de préstamo responsable, que no se siga a una valoración por su parte de los precios, y se evitaría tener que recurrir como lo ha hecho el TS, a hablar de comisión de apertura para ver el coste medio de las comisiones de apertura y así pronunciarse sobre la desproporción entre el importe del préstamo y el de la comisión.

SENTENCIAS Y AUTOS

Sentencias del TJUE

STJUE (Gran Sala) 9 de noviembre 2010, Asunto VB Pénzügyi Lizing, (C-137/08 ECLI:EU:2010:659)

STJUE 22 junio de 2010, Asunto Melki y Abdeli, (C/188/10 y C/189/10)

STJUE (Sala Primera), de 26 de abril 2012, Invitel 2013 (Asunto 472/10 ECLI :EU:C:2012:242)

- STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180)
- STJUE de 30 de abril de 2014, Kásler/Káslerné Rabai y OTP Jelzáobank Zrt (Kásler/Káslerné Rabai 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014282)
- STJUE de 18 de diciembre de 2014, CA Consumer Finance, (C-449/13, EU:C:2014:2464)
- STJUE (Sala novena), de 26 de febrero 2015, Matei/SC Volksbank Romania SA 2015, (Matei/SC Volksbank 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127)
- STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, (Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo, ECLI:EU:C:2016:980)
- STJUE de 20 de septiembre 2017, Asunto Andriiciuc y otros, (C-186/16, Andriiciuc y otros 2017, ECLI:EU:C:2017:703)
- STJUE de 20 de septiembre de 2018, Asunto OTP Bank y OTP Faktoring, (C-51/17, EU:C:2018:750),
- STJUE de 14 de marzo de 2019, Asunto Dunai, (C-118/17, ECLI:EU:C:2019:207)
- SJUE de 3 de octubre de 2019, Asunto Kiss y CIB Bank, (C-621/17, ECLI:EU:C:2019:820)
- STJUE 19 septiembre 2019, (Lovasné Tóth C-34/18) (DO C 240 de 9 de julio 2018, p. 9-10)
- STJUE Sala Cuarta, Caixabank 16 de julio 2020, Asuntos CY y Caixa Bank (C224/19) y LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA (C259/19). (Sentencia Caixabank 2020).
- STJUE 3 de septiembre 2020, Asunto Profit Credit Polska SA y QJ, BW, OL y CG, (Profit Credit Polska 2020) , ECLI:EU:C:2020:631
- STJUE de 10 de junio de 2021, Asuntos C776/19 a C/782/19 BNP Paribas Personal Finance (Sentencia BNP Paribas 2021) ECLI:EU:C:2021:470
- STJUE de 10 de junio de 2021, Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg), C-303/20, (Último Portfolio 2021, ECLI:EU:C:2021:479.)
- STJUE de 20 de septiembre de 2017, Asunto Andriiciuc y otros, (C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703)
- STJUE de 16 de marzo 2023, Asunto 565/21, (Sentencia Caixabank 2023) ECLI:EU:C:2023:212

STJUE (Sala Tercera) de 11 de enero de 2024, Asunto Nárókuj./ EC Financial Services (Narokuj/EC Financial Services 2024, ECLI:EU:C:2024:10) Asunto C-755/22)

Resoluciones del Tribunal Supremo

STS 241/213, de 9 de mayo 2013, Asunto Ausbanc Consumo v. Banco Bilbao Vizcaya y otros, (ECLI:ES:TS: 2013:1916)

STS núm. 558/2021, de 22 de julio, (ECLI:ES:TS:2021:3057)

Auto TS núm. 919/2019, de 10 de septiembre 2021, Asuntos acumulados: C-224/19 entre CY y Caixabank y C-259/19 entre LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. (ECLI:ES:TS:2021:10856A)

STS de Pleno núm. 44/2019, 23 de enero, (STS 44/2019), ROJ: STS 102/2019, ECLI:ES:TS:2019:102

STS núm. 816/2023 de 29 de mayo, (STS 816/2023), ROJ: STS 2131/2023. ECLI:ES:TS: 2023:2131.

STS 298/2024, de 4 de marzo 2024, (ROJ: STS 1143/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1143)

Resoluciones de Audiencias y Juzgados

SAP de Mallorca (Secc. 5ª), de 27 de diciembre de 2018

SJPI núm. 3, de Mahón de 27 de junio 2018

AJPI de Palma de Mallorca, núm. 17, de 12 de marzo 2019, (C-224/19)

AJPI de Ceuta de 13 de marzo

SAP de las Palmas de 19 de junio 2023

SAP Valencia, a 22 de diciembre de 2023 - ROJ: SAP V 3679/2023 ECLI:ES:APV:2023:3679

SAP Zaragoza, a 28 de diciembre de 2023 - ROJ: SAP Z 2193/2023 ECLI:ES:APZ:2023:2193

AJPII de Ceuta, núm. 6, de 2 de enero 2024, (ROJ: AJPII 1/2024, ECLI:ES:JPII:2024:1A)

AAP de Girona, a 10 de enero de 2024, (ROJ: AAP GI 3/2024 , ECLI:ES:APGI:2024:3ª

AJPI de Fuenlabrada, núm. 1, de 31 de enero 2024 (ROJ: AJPI 2/2024 - ECLI:ES:JPI:2024:2ª)

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero 2019 (44/2019), La comisión de apertura forma parte del precio y no es susceptible de examen de abusividad», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada*, Vol. 11: 2019. 2020.
- ARNAIZ RAMOS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (334/2017) Control de transparencia sobre la cláusula suelo. Efectos de la falta de transparencia sobre la posible abusividad de la cláusula. Alcance de los efectos restitutorios». https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2017-7
- BENDITO CAÑIZARES, *Comentario al art. 104 LH* en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, Editorial de Derecho Reunidas, *Revista de Derecho Privado*, Tomo VII, Vol. 6º, 2000.
- BENDITO CAÑIZARES, «La protección de los usuarios en la contratación hipotecaria: el préstamo hipotecario responsable», en *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Coord. Emilio Díaz Ruiz, Dykinson, Madrid, 2013.
- BALLUGERA GÓMEZ, Distribución de gastos en la hipoteca y comisión de apertura, *Comentario y resumen STJUE 16 julio 2020*, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/distribucion-de-gastos-en-la-hipoteca-y-comision-de-apertura/>
- BALLUGERA GÓMEZ, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (608/2017) Nulidad parcial por falta de transparencia de la hipoteca multdivisa https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2017-10
- CÁMARA LAPUENTE, *Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes*, V/Lex: Núm. Especial – Marzo 2021.
- CUENA CASAS, Préstamo irresponsable y segunda oportunidad: ¿Puede el prestamista irresponsable bloquear la obtención de la exoneración del pasivo de su deudor concursado?, *Hay Derecho*, Blog Concursal, 1 de marzo de 2023.

CUENA CASAS, Sanciones al préstamo irresponsable. El Tribunal de Justicia de la UE se pronuncia, Hay Derecho, Blog Civil, 31 de enero de 2024.

FERNÁNDEZ BENAVIDES, M: «Comisión de apertura: *the show must go on* (sobre la STJUE de 16 de julio de 2020)», Blog Hay Derecho, 22 de julio 2020 <https://www.hayderecho.com/2020/07/22/comision-apertura-the-show-must-go-on-stjue-16-julio-2020/>

MIRANDA SERRANO, El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria, Revista para el análisis del Derecho, Indret 2/2018.

PANTALEÓN PRIETO, La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (I), blog. El Almacén de Derecho, 14 septiembre 2020. o Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, Cap. 2, 2.1., en Colección: Los libros del Almacén, Comares, Granada, 2023.

PANTALEÓN PRIETO, La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (y II)» en el «comentario al apartado 69 de la STJUE de 16 de julio de 2020», blog. El Almacén de Derecho, septiembre, 2020 o Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, Cap.2, 2.2, en Colección: Los libros del Almacén, Comares, Granada, 2023.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013). Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-9

RESEÑAS

OBITUARIUM BURILLI (1934 - 2024)

FERNANDO REINOSO-BARBERO

Catedrático de Derecho Romano
de la Universidad Complutense de Madrid

El pasado 20 de octubre nos dejó Jesús Burillo, catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Murcia desde 1964 hasta su jubilación en 2005.

Al día siguiente, junto a José Antonio Escudero, asistí al sepelio en el cementerio de Muel (Zaragoza), su pueblo natal y también su *locus mortis*. A solicitud de la familia, propuse el epitafio que ahora figura en su lápida: *vir clarissimus qui omnibus virtutibus praestitit* («hombre excepcional que destacó en todas las virtudes»). Esta expresión —en latín, lengua con la que a él le gustaba solemnizar las cosas importantes— no solo pretende honrar su memoria, sino que aspira a ser descripción fiel de un temperamento único y admirable, original como ningún otro que haya conocido.

Poseedor de una cultura enciclopédica, hablaba con fluidez, además del latín y el griego, inglés, alemán, italiano y francés. Con tan solo veinte años, obtuvo su licenciatura en la exigente y selecta *Facoltà di Diritto Canonico de la Pontificia Università San Tommaso d'Aquino (Angelicum)* de Roma. Fue profesor durante años en prestigiosas universidades de Estados Unidos, auspiciado por la influyente Fundación Ford. En Alemania, tuvo el privilegio de trabajar con Wolfgang Kunkel, y en España fue discípulo directo del mayor romanista español del siglo XX, Álvaro d'Ors.

Católico convencido y auténticamente consecuente, fui testigo de difíciles y onerosas lecciones de coherencia cristiana que vivió con una integridad inquebrantable. En una ocasión, me comentó que al-

gunas personas, deliciosamente románticas, encuentran fascinación en la enigmática luz de la luna o en los colores de una mariposa; sin embargo, él sentía una atracción profunda por las ceremonias con el Santísimo, devoción que brotaba de la fe y no de su carácter. Presumía, con razón, de tener la mirada fija en el Cielo, sin que ello le impidiera mantener los pies firmemente en la tierra. Su realismo católico no le hacía temer a la muerte, sino al Juicio Final.

Su originalidad casi extrema, el ingenio desbordante, los puntos de vista sorprendentes, las reflexiones geniales, las reacciones inesperadas, siempre enmarcadas en una lucidez chispeante, eran algunos de sus rasgos más característicos. Para quienes no tuvieron la fortuna de conocerlo, permítanme ilustrar su notable singularidad con solo un ejemplo que en este momento viene especialmente al caso: en 2015, publiqué una nota necrológica sobre un joven estudioso fallecido prematuramente; tras leerla, me pidió que redactara ya su propia necrología, argumentando que, si la escribía después de su muerte, no tendría oportunidad de leerla. Aunque al principio lo tomé a broma, insistió en ello e incluso me sugirió el título: *Obituarium Burilli ante mortem*. Confío en que me haya perdonado por no cumplir antes con su encargo y haber esperado hasta ahora para hacerlo post mortem.

El verbo ‘ayudar’ formaba parte esencial de su credo más profundo y de su rica, poliédrica y magnética personalidad. Dedicó su vida a ayudar a los demás. Era su actividad predilecta, y la ejercía de manera constante e incansable. Cuando alguna persona, generalmente alumnos brillantes, carecía de los recursos necesarios para preparar oposiciones, él se los proporcionaba. A veces los acogía en su propia casa durante largos periodos, en otras ocasiones financiaba estudios y gastos, e incluso llegaba a pagarles un sueldo a fondo perdido si lo necesitaban. Hoy, su muerte es llorada por notarios, registradores y magistrados que lo son gracias a estos sufragios.

En los últimos veinte años, y en especial tras su jubilación, su generosidad se ha dirigido principalmente a los habitantes de remotos poblados en el Atlas marroquí. Sin ayuda formal, se convirtió en una especie de ONG por sí mismo. Cada dos o tres meses, cargaba hasta los topes un Land Rover que conducía hasta Agadir, y desde allí emprendía rutas diversas, recorriendo los pueblos más necesitados del Alto Atlas, llevándoles medicinas, ropa y alimentos. Aprovechaba estas visitas para recoger a niños que necesitaban tratamiento hospitalario, trasladándolos para ser atendidos y costeando los gastos de su propio bolsillo. Solo cuando sus recursos no bastaban para cubrir operaciones más complejas, pedía colaboración a los amigos.

No siempre resultaba fácil entender su carácter, tan peculiar y propio, porque le eran por completo ajenas esas pequeñas miserias que aquejan a la mayoría de los mortales. Las resumía en cuatro sustantivos que despreciaba: «celos, enojos, frivolidades, haraganerías», que, con su característica franqueza, consideraba trampas en el camino de los demás, pero nunca en el suyo. Con esto quiero decir dos cosas. No solo parecía consciente de su superioridad en ciertos aspectos que conforman la calidad humana, sino que, además, ni la escondía ni la disimulaba ni caía en falsas modestias. Al contrario, la exhibía a las claras cuando se presentaba la ocasión, haciendo gala de una sinceridad que no siempre fue bien comprendida.

Asombrosamente rectilíneo, incapaz de apartarse un centímetro de lo que consideraba correcto. Detestaba los actos que creía injustos, salvo cuando él mismo era el objeto de la injusticia. En esos casos, perdonaba con rapidez las ofensas, aunque, como admitía, no las olvidaba. Tampoco le herían los desencuentros, ni siquiera aquellos con personas cercanas, con las que, si lo consideraba necesario, rompía con una extraordinaria frialdad, como si nunca hubieran existido. Sin embargo, esta cualidad la hacía compatible con otra, aparentemente opuesta: una lealtad total e incondicional hacia los amigos. Tanto es así que, como él mismo reconocía, su apego a la amistad se equiparaba al de la familia.

Poseía una especie de sexto sentido, una intuición que le proporcionaba confianza en la seguridad de los caminos bien transitados y, al mismo tiempo, lo llevaba a desdeñar los atajos que, como solía decir, «la cabra bien sabe están llenos de peligros». En otras palabras, tenía una facilidad innata para prever las situaciones de riesgo y, si no había una causa justa para asumirlas, prefería eludirlas.

Tenía un gran respeto por el conocimiento empírico, tanto el propio como el ajeno. Por eso, en las materias que dominaba, sin llegar nunca a la autosuficiencia, emitía sus opiniones con la autoridad y grado de sentencias inapelables, a menudo impregnadas de una buena dosis de realismo. Perfeccionista y extraordinariamente crítico, en especial, con las cosas mal hechas y sus autores, cuando resultaba exigible haberlas hecho bien.

Un espíritu auténticamente libre, quizá porque no le preocupaba en absoluto el dinero ni el porvenir ni la fama. Se describía a sí mismo como «emotivo, activo, secundario», y, en mi opinión, acertó plenamente en estos tres adjetivos. Aunque no puede decirse que fuera un sentimental, se mostraba emocionalmente sensible y enérgico, y se conmovía, sobre todo, ante cualquier necesidad del prójimo. Su

actividad desbordaba a cualquiera que intentara seguirlo. Asumía las tareas y proyectos —en especial aquellos dirigidos a ayudar a los demás— con un entusiasmo inmenso, como si fueran lo más importante ocurrido en la historia de la humanidad. Y, como se colige de lo expuesto hasta ahora, su personalidad no era en absoluto ‘primaria’, al contrario, procesaba sus sentimientos y experiencias con profundidad, lo que le confería una gran consistencia en sus relaciones y convicciones.

Fue un gran amigo y un hombre de bien, «en el buen sentido de la palabra», que encarnó con sencillez la bondad y la rectitud, tanto o más que el hombre bueno descrito por Machado. Descansa en paz, querido Jesús.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN EN LA REVISTA DE DERECHO UNED *RDUNED*

La Dirección de la *RDUNED* ha considerado conveniente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de manera uniforme.

1. Los textos se presentarán en formato Word, por una sola cara, con letra Times New Roman de 12 puntos e interlineado de un espacio y medio, debidamente revisados y con el V.º B.º del autor para su publicación definitiva (no admitiéndose más de cuatro modificaciones). Los textos deberán entregarse en lengua castellana.
2. Al inicio del trabajo deberá indicarse el título en castellano e inglés, el nombre del autor o autores y su situación académica o profesional (en el caso de doctorandos se mencionará la Universidad a la que está vinculado).
3. Tendrán una extensión máxima de 20 a 30 folios para ser considerados *ESTUDIOS*, de 7 a 15 folios los destinados a la *SECCIÓN ABIERTA*, y de 2 a 6 folios las *RESEÑAS DE LIBROS*.
4. Los trabajos que se remitan para su publicación en la sección de *ESTUDIOS* o *SECCIÓN ABIERTA* deberán:
 - 4.1. Contar en primer lugar con un resumen de unas 10 o 15 líneas de extensión y con palabras clave (máximo 5) que permitan la identificación del tema u objeto del trabajo, tanto en castellano como en inglés (abstract y key words).
 - 4.2. Contener un SUMARIO, que seguirá las siguientes pautas:
 - I.
 - I. 1.
 - I. 1. A.
 - I. 1. A: a)
 - I. 1. A: a) a')

- 4.3. Finalizar preferiblemente, con unas breves CONCLUSIONES.
5. Los trabajos que se remitan para su publicación en la sección *de RESEÑAS DE LIBROS* deberán seguir el siguiente orden: *Título de libro*, APELLIDOS, Autor N., Editorial, lugar de edición año de publicación.
6. En el caso de utilizarse notas a pie de página se seguirá necesariamente el siguiente orden:
 - 6.1. Para libros: APELLIDOS, Autor N., *Título del libro*, Editorial, lugar de edición año de publicación.
 - 6.2. Para revistas: APELLIDOS, Autor N., «Título del trabajo», Revista en la que se ha publicado, número de la revista, año de publicación y, en su caso, páginas en las que aparece la cita.
 - 6.3. Para la abreviatura de página se utilizará pág. o págs., dejándose libertad a los autores para utilizar las abreviaturas actuales o clásicas en relación a las referencias (véase o *vid.*, *ob. cit.* u *op. cit.*, etc.).
 - 6.4. La bibliografía deberá ponerse al final del artículo ordenada alfabéticamente. (Las páginas de la bibliografía no se contabilizan en el número de páginas del artículo).
7. Los trabajos deberán enviarse, acompañados de una nota con el título del trabajo, el nombre del autor o autores, su situación académica o profesional, NIF, teléfonos de contacto y correo electrónico, a la siguiente dirección electrónica negociadosesecretaria2@der.uned.es.
8. El Consejo de Redacción decidirá la publicación o no de los trabajos, previa valoración de los informes emitidos por los evaluadores externos y anónimos.
9. En cualquier caso, los profesores de la Facultad de Derecho de la UNED, así como cualquier otro profesor o investigador de otra Facultad de Derecho de otra Universidad, solo podrá publicar un artículo por número de la Revista. Por otra parte, los profesores de la Facultad solo podrán publicar por número de Revista un artículo de un doctorando suyo que expresamente avalen. El autor cuya obra sea

publicada no podrá volver a publicar en los dos números siguientes.

10. La decisión definitivamente adoptada por el Consejo de Redacción se le notificará al autor y, en caso afirmativo, se procederá a informarle el número de la *Revista RDUNED* en el que se incluirá su trabajo. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original, en especial a la adaptación a las normas de publicación. Los textos que sean devueltos por no cumplir con las normas de publicación podrán ser reenviados de nuevo una vez hechas las oportunas correcciones.
11. Los textos impresos por la imprenta serán remitidos a sus autores para que cotejen posibles errores formales. Dichos errores, serán corregidos por los autores con el programa Adobe Acrobat 9. El texto modificado se remitirá en el plazo de una semana a la dirección de correo electrónico establecida.
12. El autor o autores ceden *a la RDUNED*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si bien, del contenido de los trabajos responden, exclusivamente, a sus autores.

ANA L. MOHINO MANRIQUE

Directora de *RDUNED*
Decana
Facultad de Derecho (UNED)

JORDI GIMENO BEVIÁ

Coordinador de *RDUNED*
Vicedecano de Investigación
e Internacionalización
Facultad de Derecho (UNED)

