ELSA SPAIN LAW REVIEW

Tercera edición
2017/2018

eslr
ELSA Spain
Law Review

elsa
The European Law Students' Association
SPAIN

3ª EDICIÓN

ELSA SPAIN LAW REVIEW

ES UNA PUBLICACIÓN DE:

elsa
The European Law Students' Association
SPAIN

Edición y maquetación: San Sebastián, España

CON LA COLABORACIÓN DE:

CONFILEGAL

EL JURISTA

L&T Law&Trends
Best Lawyers, more Justice

REVISTA UNIVERSITAS ESTUDIANTES

Economist & Jurist®

ND NUEVO DERECHO
Creare Scientia in Ius

"A just world in which there is respect for human dignity and cultural diversity"

The European Law Students' Association
SPAIN

ELSA SPAIN

Es, desde 1988, uno de los 44 Grupos Nacionales de ELSA – The European Law Students' Association, la asociación independiente de estudiantes de Derecho más grande del mundo.

ELSA Spain tiene 22 Grupos Locales, situados en diversas facultades de Derecho de las ciudades de Alicante, Barcelona, Córdoba, Donostia-San Sebastián, Madrid, Murcia, Sevilla, Salamanca, Valencia, Valladolid y Zaragoza.

VISIÓN

Un **mundo justo** en el que haya respeto por la dignidad humana y la diversidad cultural.

MISIÓN

Contribuir a la **educación legal**, fomentar el **entendimiento mutuo** y promover la **responsabilidad social** entre estudiantes de Derecho y jóvenes juristas.

MEDIOS

1. Proporcionar oportunidades para **aprender sobre otras culturas y sistemas legales.**

2. Ayudar a tener una **mentalidad internacional** y a estar capacitados profesionalmente.

3. Impulsar a **actuar por el bien de la sociedad.**

The European Law Students' Association

ELSA is the world's largest independent law students' association. It comprises a membership of 54.000 students and recent graduates with the purpose to contribute to legal education, to foster mutual understanding and to promote social responsibility of law students and young lawyers.

Being present in 350 universities in 44 European countries, the European Law Students' Association ("ELSA") is the biggest students' Association of Law and young jurists of the world. ELSA is significantly designed by its imminently international character; by its nature as independent, non political and non-profit organization. At the same time was created as a tool organized by and for students of Law and young jurists, interested in increasing his legal education in the academic, professional and personal excellence and in the internationalization and in the Human Rights.

Since 1988, ELSA SPAIN has been one of 44 National groups that integrate ELSA INTERNATIONAL. His growth and representation have been exponential, especially during the last past years, along which, thanks to its activities and its fundamental purpose, it is spread among several Universities, Official Colleges and Law studies' centres a throughout Spain, adding a total of 16 Local Groups nowadays.

La Asociación europea de Estudiantes de Derecho ("ELSA", en sus siglas en inglés) es la mayor asociación de estudiantes de Derecho y jóvenes juristas del mundo, estando presente en 350 universidades en 44 países europeos. ELSA se define tanto por su carácter inminentemente internacional; como por su naturaleza como organización independiente, apolítica y sin ánimo de lucro; así como por estar concebida como una herramienta organizada por y para estudiantes de Derecho y jóvenes juristas, interesados en completar su educación legal; en la excelencia académica, profesional y personal; en la internacionalización y en los Derechos Humanos.

ELSA Spain es, desde 1988, uno de los 44 grupos Nacionales que integran ELSA International. Su crecimiento y representación ha sido exponencial –especialmente durante estos últimos años–, en los que gracias a sus actividades y razón de ser se difundió entre diversas Universidades, Facultades y centros de estudios jurídicos de toda España que suman, a día de hoy, un total de 16 Grupos Locales.

ELSA Spain Law Review

The scientific journals known as "Law Reviews" are academic publications which principal aim is the diffusion of the juridical knowledge. Furthermore, they are characterized for being managed and directed by students. This makes usual than, generally, Law Reviews are born in the bosom of the Universities and Colleges of Law.

Usually written by the students, the articles of these kinds of publications analyze in a critical manner and on scientific basis diverse questions and legal problems of relevancy at present, trying to contribute with that to the discussion of the scientific community

Specifically, the ELSA Spain Law Review was born the 10th of March of 2015 as an annual publication whose spirit is to turn into a suitable vehicle in order that students of Law and young jurists could have the opportunity to publish his articles, works and investigation, making them accessible to the public.

The ELSA Spain Law Review has the mission to contribute to the legal education, across the promotion, support and diffusion of the theory, the practice and the juridical knowledge of the academic investigation, as well as promote the critical opinion among students of Law and young jurists.

Las conocidas como “Law Reviews” son publicaciones académicas cuyo objetivo principal es la difusión del conocimiento jurídico y que se caracterizan por estar gestionadas y dirigidas por estudiantes. Esta última nota hace que, por lo general, las Law Reviews nazcan en el seno de las Universidades y Facultades de Derecho.

Las obras que en ellas se recogen, por lo general de los propios estudiantes, analizan, de forma crítica y fundamentada, diversas cuestiones y problemas legales de relevancia en la actualidad, pretendiendo contribuir con ello a la discusión de la comunidad científica.

En concreto, la ELSA Spain Law Review (en adelante, “ESLR”), nace el 10 de marzo de 2015 como una publicación anual cuyo ánimo es el convertirse en un vehículo idóneo para que los estudiantes de Derecho y jóvenes juristas puedan tener la oportunidad de que sus artículos, trabajos e investigaciones sean accesibles al público.

ELSA Spain Law Review tiene como misión contribuir a la educación legal, a través de la promoción, respaldo y difusión de la teoría, de la práctica y de los conocimientos jurídicos resultantes de la investigación académica, así como fomentar la opinión crítica, de estudiantes de Derecho y jóvenes juristas.

Para ello, la ESLR se construye como un vehículo a través del cual los autores pueden publicar y difundir todas aquellas obras resultantes de su trabajo y en las que analizan, de forma crítica y fundamentada, diversos problemas y cuestiones en materias relacionadas con el Derecho, de cara a convertirse en un medio de consulta y discusión dentro de la comunidad científica.

EDITORIAL BOARD

Es una publicación de The European Law Students' Association (ELSA) Spain representada por

Directora:

Araceli Casamayor De Blas

Consejo Editor:

Luis Jorge Conde Martín

Antonio Gutiérrez Guijarro

Consejo Asesor:

Ignacio Garcia Salvadores

Marketing:

Alba Aguado Palacios

Alejandro Delgado del Rio

Maribel Martín Herrero - Vicepresidenta de Actividades Académicas de ELSA Spain 2017/2018

Natalia Cosio del Rio - Vicepresidenta de Marketing ELSA Spain 2017/2018

Edición y maquetación

Alba Aguado Palacios

ISSN: 2605 - 0293

Todos los derechos reservados. Ningún elemento de esta publicación puede ser reproducido o utilizado, en ninguna forma, ni por ningún medio, sea electrónico, mecánico o magnético, incluyendo fotocopias, grabaciones, broadcasting, o por ningún sistema de almacenamiento de información sin el permiso escrito de ELSA Spain. Las opiniones expresadas por los autores no son necesariamente las mismas que la de los editores.

La publicación deberá ser citada como ELSA Spain L.R., 2018, No 3

Copyright © The European Law Students' Association y autores

Dr. Alfonso Ortega Giménez

Internacional privado y Comercio Internacional, Vicedecano facultad de Derecho

Universidad UMH

Dr. Ángel José Sánchez Navarro

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Complutense

Juan Ignacio Alonso Dregi

Mercantil, arbitraje, Derecho inmobiliario y procesal

Socio Director de Dentons

Dr. Federico Bueno de Mata

Derecho Procesal, Vicedecano Facultad de Derecho

Universidad de Salamanca

Juan Ignacio Leo Castela

Derecho Penal

Universidad de Salamanca

CONSEJO

Dr. Emilio José Armaza Armaza

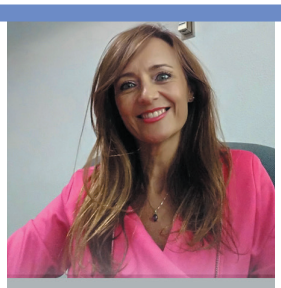
Derecho Penal, Bioderecho

Universidad de Deusto

Dr. Juan Pablo Rodríguez

Derecho Mercantil

Universidad Carlos III



Luz Ruibal Pereira

Derecho Tributario

Universidad Santiago de Compostela

Luis Martínez Vázquez de Castro

Catedrático Derecho Civil

Universitat Jaume I

Dra. Arantzazu Vicandi Martínez

Derecho Civil

Universidad de Deusto

Dr. Francisco Javier Zamora

Catedrático de Internacional Privado

Universitat Jaume I

Sergi Giménez Binder

Internacional privado

Universitat de Barcelona

Dra. Milagros Álvarez Verdugo

Derecho Internacional Público

Universitat de Barcelona

Dr. José Javier García Ross

Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Deusto

ACADÉMICO

Dra. Carmen Boldó Roda

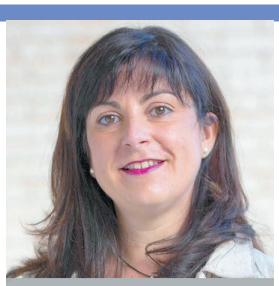
Catedratica Derecho Mercantil

Universitat Jaume I

Javier Bermúdez Sánchez

Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Madrid



Dra. Carmen Lázaro

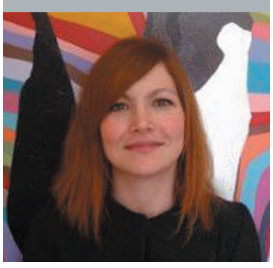
Derecho Romano

Universitat Jaume I

Dra. Vanessa Jiménez Serranía

Derecho Mercantil

Universidad de Salamanca



PRÓLOGOS

Mikel Mancisidor 14

Araceli Casamayor de Blas 16

DERECHO TRIBUTARIO

Origen de los impuestos especiales. Proposición de tributación sobre emisiones de NO2 | David Malaver Barragán 20

DERECHO PENAL

Fiscalía Europea, más allá de la Cooperación Judicial | Antonio Gutiérrez Guijarro 30

The judges in the Rome Statute of the International Criminal Court. An analytical overview | Miguel Ángel Sevilla Duro 36

DERECHO CIVIL

La adopción de medidas cautelares en el proceso civil y la asistencia jurídica gratuita | José Manuel Pastor Álvarez 46

Evolución de la situación jurídica de la mujer casada en el ámbito del Derecho Privado | Manel Atserias Luque 52

DERECHO ADMINISTRATIVO

El procedimiento de asociación para la innovación en la contratación pública | Manuel David Martínez Rodríguez 60

La transparencia activa en el ámbito local: normativa, implementación y nuevas vías para lograrla. El caso de la provincia de Castelló |Jaime Clemente Martínez 64

DERECHO INTERNACIONAL

Insolvency - related actions under European Union law: The evolution of European and French jurisprudence on matters of jurisdiction and recognition of judgements | Sandra López 76

Institutional Barriers to the Repatriation of the Cultural Property of States within the Framework of the 1970 UNESCO Convention | Vanesa Menéndez Montero 80

Economía colaborativa y la normativa comunitaria | Álvaro Jacinto Vilas Gómez 88

Los Conglomerados Financieros, respecto a la responsabilidad de los socios en la constitución de holdings financieros y no financieros, a la luz de la Ley 1870 de 2017 | Felipe Nova Delgado, Jessica Sabbah Pechthalt 98

Khamrakulov vs Russia | Natalia Cosio del Rio 108

DERECHO SANITARIO

Ensayos clínicos en Pediatría | Luis Jorge Conde Martín 118

DERECHO DEL TRABAJO

The obligation of the employer to proceed with the call of discontinuous permanent workers when at the beginning of the campaign is in a situation of temporary disability | Miguel Cano Menor 128

La relación laboral especial del capitán de buque | Antea Carriedo Martínez 134

DERECHO COMUNITARIO

Pactos en el mundo farmacéutico: Análisis de la STJUE de 23 de enero de 2018 (C-179/16 – F. Hoffmann La Roche y otros) y de la nueva acción de daños por ilícitos Antitrust | Ignacio García-Perrote Martínez 144

El esfuerzo del papel del TJUE en materia PESC | Victoria Rivas Santiago 154

ARBITRAJE

Aplicación del Precedente en la Justicia Arbitral Colombiana: Una realidad continuamente debatida | Laura Correa Contreras, Paula Castilla Plazas y Santiago Niño 172

DERECHO MERCANTIL

¿Puede defenderse el inversor cualificado ante la falsedad del folleto informativo? | Juan Pablo Morán 182

COLABORACIONES ESPECIALES - Fundadores ELSA Spain

Guillermo Palao Moreno 190

Francisco González Castilla 192

Tomás Vázquez Lepinette 194

CARTA A UN/A JOVEN ESTUDIANTE DE DERECHO

Me da mucha alegría poder compartir estos párrafos con los lectores de ELSA. Entiendo que quienes leen esta publicación son en su mayoría estudiantes de Derecho interesados por el mundo y las relaciones internacionales. Ahí me veo yo hace quizá 25 años, iniciando mi carrera profesional.

Yo estudié Derecho en la Universidad de Deusto, en Bilbao. Esta es una universidad que tiene hoy en la internacionalización una de sus señas de identidad: basta con darse un paseo por sus claustros o su campus, para ver estudiantes provenientes de todos los rincones del mundo y escuchar, además de español y euskera, mucho inglés y también francés, alemán, holandés, chino o muchas otras lenguas. Pero cuando yo estudié aquí las cosas eran distintas. Se viajaba menos. Los intercambios universitarios eran menos frecuentes. Recuerdo que mi primera salida al extranjero fue al Curso de Verano (el mes de julio) del Instituto de Derechos Humanos René Cassin, en Estrasburgo. Tendría yo 23 años, calculo.

Estrasburgo fue para mí un gran descubrimiento. Aprendí mucho de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y conocí a grandes profesores (con algunos de los cuales tuve luego relación profesional) y a estudiantes de diferentes países (con algunos de ellos aún hoy mantengo relación e incluso amistad). Así que me hizo muy especial ilusión cuando hace unos años me llamaron del Instituto para proponerme dar clases en este curso. Era como un círculo que se cerraba. No sólo quería transmitir unos conocimientos más o menos completos o rigurosos sobre la materia, quería sobre todo transmitir algo más importante: una ilusión, una ambición, unos valores, unas ganas que yo asociaba a mi primera experiencia en esta ciudad. Desde entonces no fallo en Julio a la cita de Estrasburgo. Ojalá un día nos veamos allí y me puedas decir que has leído estas notas.

Luego vendrían Lovaina, México, Centroamérica, Colombia, Londres, Ginebra, Washington… lugares en los que he vivido, trabajado o estudiado por períodos más o menos largos. He trabajado en ONGs, en centros de estudios, en universidades y como Experto Independiente del sistema de órganos de Derechos Humanos de la ONU. Y me gustaría en el futuro hacer cosas nuevas, distintas, no quedarme plantado en un perfil profesional o especialidad, por muy interesante que pueda resultar.

¿Qué podría decir yo a un estudiante de Derecho que le pueda resultar útil para enfocar su carrera y su futuro? Primero, diré que debo ser muy cuidadoso con los consejos: cada vida es un mundo, lo que sirve para una persona no sirve para la otra; lo que puede resultar una buena pista para fulanita, será desastroso para menganito. Dicho lo cual, con toda prudencia, me atrevo a compartir un par de ideas. Toma lo que te sirva y olvida el resto.

El mundo profesional en el que te vas a mover ha perdido las certidumbres y seguridades de antaño. El modelo de trabajo seguro para toda la vida será cada vez más infrecuente. Cada vez más tendrás que cambiar muchas veces de trabajo, hacer cosas distintas, atreverte, arriesgar, apostar, cambiar, equivocarte, corregir, volverte a equivocar, tener éxitos y algún fracaso también, reinventarte una y mil veces, inventar tu trabajo, tener condicionales

laborales inseguras y cambiantes. Esto te lo presentan muy a menudo como algo negativo (inseguridad), pero creo que también tiene sus aspectos positivos. Y es que el mundo está abierto, con los brazos abiertos, esperando a quienes tienen algo bueno y distinto que aportar. El entorno laboral será cada vez más difícil para quien no pueda aportar nada diferencial, nada propio, pero cada vez más propicio para quien lo pueda hacer.

El conocimiento técnico, los títulos y los idiomas eran antes un pasaporte al mundo laboral. Hoy son sólo el requisito mínimo, necesario, pero no suficiente. A partir de ahí, lo que cuenta es la creatividad, la originalidad, lo que te haga diferente, único, reconocible. Si tienes algo propio que aportar tendrás un lugar. Para eso debes preguntarte quién eres, qué puedes dar, qué puedes crear, que te hace feliz, qué te llena, y dedicarte a ello con pasión, buscar caminos, conocer gente, estar atento a los trenes que pasan y si no pasan, buscar otras estaciones… o crear un modelo nuevo de transporte, si es necesario.

El mundo es hoy más competitivo que nunca, sí, es cierto, pero al mismo tiempo da más y mejores oportunidades a cada vez más personas. Tú decides si ver el vaso medio lleno (más oportunidades) o medio vacío (más competencia y más incertidumbre). Jamás ha habido tantas oportunidades de aprender de lo que quieras, de colaborar con otros, en cualquier lugar del mundo, que tengan tus inquietudes y tus sueños.

El próximo curso que hagas estudia mucho y trabaja para sacar bien los estudios, sí, pero tanto o más importante: vive la universidad, lee cosas que te apasionen aunque no vengan el programa, aprende cosas nuevas, conoce gente interesante, mira, pregunta, duda, confía, ríe, acude a conferencias, ofrécete de voluntario donde puedas aprender, interésate lo que pasa en el mundo, lee periódicos buenos todos los días, sigue en redes a articulistas y pensadores de calidad, lee ensayo, novelas, poesía, ve a museos, júntate a gente que te haga crecer y aprender. Fíate de quien te haga dudar, quien te haga responsable de tu futuro, quien te trate como adulto inteligente, no de quien culpe a otros de lo que te pasa o quien te proponga soluciones fáciles a problemas complejos (populismos). Sé amable con los demás y con tu entorno, y sonríe. Así crearás ese perfil profesional que es tuyo y te dará éxito, sí, pero algo mucho más importante que el éxito: te aportará la satisfacción profunda de contribuir, de aportar algo bueno al mundo, de hacer nuestro entorno un poquito mejor con tu trabajo y tu vida. Disfruta y crece. Que la vida, parafraseando al cantante, es eso que te pasa mientras te prepararas para la vida.

Mikel Mancisidor es profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Washington College of Law de la American University (Washington D.C.) y miembro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

Mikel Mancisidor

Queridos socios,

En el marco del 30 Aniversario de la fundación de ELSA Spain, es para nosotros un honor presentar la 3ª Edición de ELSA Spain Law Review.

A bien seguro que aquellos estudiantes que hace 30 años fundaron en Valencia esta Asociación querían que este fuera no sólo un lugar de aprendizaje excepcional, sino también una fuente de tolerancia, apertura y pluralismo.

En ELSA Spain estamos celebrando nuestro 30 Aniversario, sin embargo, el proyecto de ELSA comenzó en Vienna algunos años atrás, en 1981, con una idea sencilla pero profunda: contribuir a la educación legal, fomentar el entendimiento mutuo y promover la responsabilidad social de los estudiantes de Derecho y jóvenes juristas.

Cada generación se encuentra con la obligación -o la oportunidad- de afrontar unos retos, entre los nuestros, se encuentra uno de vital importancia, la lucha contra el cambio climático.

A finales del año 2015 todas las miradas estaban puestas en París. La celebración, de la 21º Conferencia de las Partes de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, supuso un verdadero punto de inflexión no sólo en el ámbito de las negociaciones en la lucha contra los efectos del cambio climático, sino también la creación de un precedente meteológico hacia la búsqueda de soluciones ante los retos de carácter global.

Es el momento de que afrontemos esos retos y, como no podía ser de otra manera, en ELSA, el actual International Focus Programme está focalizado en el Derecho del Medioambiente.

La lucha contra el cambio climático, avanzar en el crecimiento económico, la defensa de los Derechos Humanos, se trata de un único y el mismo objetivo a su vez.

ELSA Spain Law Review es, indudablemente, un buen escenario donde ver reflejados los esfuerzos y la ambición de ELSA para relanzar su visión del Derecho, no sólo proporcionando a las nuevas generaciones de juristas un foro internacional para promover y poner a prueba sus ideas, sino también alentar activamente a muchos otros estudiantes para comenzar a desarrollarlos y articularlos. Contamos con que estas nuevas generaciones sean creativos, críticos, diligentes y constructivos y se atrevan a mostrarnos nuevas posibilidades y, al graduarse, si no antes, comiencen a transformarlos en realidad, porque cuando entonamos aquello de

"We are lawyers
We are lawyers
All of us.
We are lawyers
We are lawyers
Stay as such"

lo que en realidad queremos decir, es que donde quiera que estemos, los valores que nos han traído a ELSA siempre permanecerán con nosotros.

Los datos de esta 3° Edición han superado toda expectativa, un total de 33 autores nos han enviado sus artículos o estudios de investigación y los países participantes crecen cada año; desde Francia, Reino Unido, Países Bajos, Bulgaria, Santiago de Chile, Bogotá y España, con contribuciones de gran calidad e innovación en los temas tratados, convirtiendo el proceso de selección de los artículos publicados en especialmente difícil.

Aportando un mayor rigor a la publicación este año hemos registrado la revista y formalizado el proceso de indexación.

Entre las novedades de esta edición, el foro científico en nuestra página web donde poder debatir con los autores acerca de sus artículos creemos que será especialmente enriquecedor.

Para terminar, queremos expresar nuestra gratitud a los 18 miembros que han formado parte de nuestro Consejo Académico en esta 3ª Edición, es para nosotros un honor contar con la colaboración de académicos de las mejores Universidades españolas, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Deusto, Universitat Jaume I, Universidad de Santiago de Compostela, Universidad Autónoma de Madrid, Universitat de Barcelona, Carlos III, Universidad Miguel Hernández y la Universidad de Salamanca, máxime en un año tan señalado como es su VIII Centenario.

De igual manera, agradecemos a todas las personas y entidades que nos han proporcionado su apoyo, especialmente a nuestros partners y a cada miembro de ELSA que directa o indirectamente ha participado en este proyecto, a Mikel Mancisidor quien además de ser uno de los 18 expertos independientes que conforman el Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, representa cada uno de los valores propios del miembro de ELSA y a Guillermo Palao, Tomás Vázquez Lepinette y Francisco González Castilla por su cariño y compromiso con ELSA aún 30 años después.

Araceli Casamayor de Blas

Directora de ELSA Spain Law Review

DERECHO TRIBUTARIO

ORIGEN DE LOS IMPUESTOS ESPECIALES

PROPOSICIÓN DE TRIBUTACIÓN SOBRE EMISIONES DE NO2

David Malaver Barragán
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El siguiente artículo propone implantar un gravamen sobre las emisiones de Dióxido de Nitrógeno uno de los gases que más contribuyen al aumento de efecto invernadero, smog fotoquímico y lluvia ácida. Se tienen en cuenta los efectos medioambientales que tiene el cambio climático, las iniciativas internacionales que intentan reducirlo y las teorías económicas que avalan su imposición para una correcta incardinación en el sistema fiscal español.

ABSTRACT: The following article proposes to introduce a tax-law on the emissions of Nitrogen Dioxide, one of the gases that contribute the most to the increase of greenhouse effect, photochemical smog and acid rain. The environmental effects of climate change, the international initiatives that try to reduce it, and the economic theories that guarantee its imposition for correct incardination in the Spanish tax-law system are taken into account.

Palabras Clave: Sistema fiscal, Impuestos Especiales, Derecho medioambiental, política económica.

Key Words: Tax law, Special taxes, Enviromental law, economic policy.

Índice de abreviaturas

CE	Constitución Española.
CE	Comunidad Europea.
CEE	Comunidad Económica Europea.
COP	Conference of Parties.
IIEE	Impuestos Especiales.
IPCC	International Panel on Climate change.
LIIEE	Ley de Impuestos Especiales.
LGT	Ley General Tributaria.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Recepción: 23.03.2018 Aceptación: 22.04.2018

1. Qué es el NO2 y consecuencias medioambientales

El Dióxido de nitrógeno es un gas irritante de color acre o marrón. Su origen se debe al resultado de procesos naturales como erupciones volcánicas o incendios forestales. También puede ser originado mediante procesos artificiales como producto de la oxidación del Monóxido de Nitrógeno en motores Diésel. Es uno de los gases responsables del aumento de efecto invernadero, la acumulación de smog fotoquímico en la atmosfera y lluvia ácida.

El origen de la contaminación urbana se debe principalmente a dos factores. La climatología adversa y la presencia de compuestos nocivos en el aire. La falta de lluvia y viento mantienen suspendidos en el aire compuestos nocivos, gases de efecto invernadero, que se van acumulando en los núcleos de población. Cuando estos agentes entran en contacto con los fotones de la luz solar se producen una serie de reacciones químicas que forman lo que conocemos como Smog fotoquímico o neblina. A la vista, parece una cúpula gris que se posa en los grandes núcleos de población.

La emisión de gases contaminantes altera el efecto invernadero que es un fenómeno por el cual se mantiene constante la temperatura de la Tierra. Se inicia a través de la irradiación solar, una tercera parte de los rayos solares se reflejan en la atmósfera y se desvían al espacio. Las dos terceras partes restantes atraviesan la atmósfera penetrando en la Tierra donde se volverán a reflejar hacia la atmósfera, otro tercio volverá a salir al espacio y el restante volverá rebotado a la Tierra calentando el planeta permitiendo que las condiciones de vida se mantengan. Ahora bien, las actividades humanas que generan gases impiden que parte de la energía que se refleja al espacio salga produciendo un calentamiento excesivo del planeta, el calentamiento global.

Las actividades industriales, comerciales y energéticas son las responsables de que este tipo de gases se queden suspendidos en el ambiente produciendo otras consecuencias derivadas del aumento de la temperatura. La desertificación, el deshielo de los casquetes polares, el consiguiente aumento del nivel del mar, inundaciones en las proximidades de los mares, disminución de recursos hídricos que afectan a la pérdida de especies, la alteración en las redes tróficas y el cambio en las ciclogénesis, entre otros.

La lluvia ácida es otro de los grandes problemas que casusa la presencia de gases contaminantes en la atmosfera. Los gases son partículas minúsculas en constante movimiento que tienden a expandirse por el medio. Cuando se producen precipitaciones los gases y el agua se unen formando disoluciones de ácido Nítrico y Sulfúrico que caen sobre la superficie. El efecto que produce representa una grave peligrosidad para los ecosistemas acuáticos elevando el PH dando lugar a una acidificación en el medio provocando que las especies sean propensas a la adsorción de aluminio. Este metal pesado y tóxico se transmitirá al ser humano mediante el consumo de pescado. Otra de las consecuencias es la acidificación en los terrenos de cultivo o la perdida de especies vegetales.

Los problemas que puede generar en la salud del hombre por inhalación directa o indirecta son *"cambios patológicos semejantes a los del enfisema pulmonar. Adicionalmente, determina la inhibición de la depuración mucociliar, la fagocitosis y la respuesta inmunológica en el pulmón, produciendo una disminución de la resistencia del pulmón ante las infecciones. Por último, incrementa la sensibilidad pulmonar a los bronco constrictores, afectando, por lo tanto, especialmente a las personas asmáticas. Otros efectos son sensación de ahogo y dolor en el pecho. Los niveles bajos de óxidos de nitrógeno en el aire pueden irritar los ojos, la nariz, la garganta, los pulmones, y posiblemente causar tos y una sensación de falta de aliento, cansancio y náusea"* [1]

Según datos del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente cerca del 75% del aire que se respira en la ciudad es NO2 aportado por el tráfico rodado lo que obliga a preguntarse qué tan perjudicial es la exposición a este gas. Según la OMS, *en 2014, el 92% de la población vivía en lugares donde no se respetaban las directrices de la OMS sobre la calidad del aire.*[2]

Para mantener una correcta calidad del aire la OMS ha fijado unos límites máximos en la concentración de este gas que son 40µg/m3 de media anual y 200 µ/m3 de media en 1h.

En el caso de España, concretamente en Madrid, estos límites son superados constantemente. Según señala una denuncia de Ecologistas en Acción en 2014. El gobierno local no impone medidas efectivas para la correcta calidad del aire siendo conscientes de que los registros de las estaciones de calidad del aire para el NO2 son superados constantemente en la media anual y el valor límite horario. Este dato se extrae de los estudios anuales que hace el consistorio municipal. Por ejemplo, para la estación de calidad de aire situada en Plaza España, centro de la ciudad, el límite en 2011 fue superado de media anual en 51µg/m3 más y en 103 µg/m3 más en el límite horario. Superando los límites que establece la UE y la OMS.

[1] Murcia salud, nd: www.murciasalud.es; Disponible en: https://www.murciasalud.es/pagina.php?id=180252&idsec=1573#.

[2] OMS (Organización Mundial de la Salud), septiembre de 2016 : www.who.int; Disponible en: http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs313/es/.

La respuesta del gobierno fue crear un protocolo de actuación ante la superación de dichos valores basados en la limitación del tráfico rodado, la velocidad dentro de la villa de Madrid y la apuesta por mejorar el transporte público como alternativa. Sin embargo, estas medidas no han sido suficientes para hacer frente al problema.

Siguiendo la Teoría de Gaia explicada por James Lovelock, la Tierra actúa como un gran ecosistema que tiende a autorregularse para mantener las condiciones de vida. Es decir, que la atmósfera y la superficie terrestre tienen un comportamiento simbiótico que mantienen las condiciones necesarias para la preservación como la temperatura, la composición química de los estratos terrestres y la salinidad. Es el todo que tiende al equilibrio.

Teniendo en cuenta esta premisa; Si el ser humano actúa sobre la superficie terrestre y/o la atmósfera con una actividad nociva se pone en peligro este equilibrio prestablecido afectando a sus propias condiciones de vida, las de los ecosistemas que le rodean y los seres que viven en ellos.

Este problema nace con el desarrollo económico y el modelo de industrialización del pasado siglo. La emisión de gases de efecto invernadero derivado de la fabricación y uso de productos energéticos que no son respetuosos con el medio ambiente repercuten y repercutirán hasta que no se establezca su prohibición o regulación. La gran pregunta que se debe formular la sociedad; Y en concreto, la comunidad política, es que medidas efectivas debe establecer para restablecer el equilibrio, proteger el medio ambiente y la salud de todos.

2. La externalidad negativa como origen de los Impuestos Especiales

El deterioro de la salud y el medioambiente supone un coste económico para el Estado. Según un informe del Banco Mundial la contaminación repercute negativamente en el crecimiento del PIB de forma general para todos los países *"China perdió cerca del 10% de su PIB por la contaminación, India un 7% y Sri Lanka un 8%. Sin embargo, (...), también las economías desarrolladas sufren los efectos de la contaminación, con EEUU perdiendo cerca de 45.000 millones de dólares ese año, Alemania 18.000 millones y Reino Unido 7.600 millones".*[3]

La respuesta financiera para poder luchar contra este problema ya lo dieron las teorías económicas de Marshall y Pigou en el Siglo XIX que respondían a los retos que originó la industrialización y la respuesta del Estado en política económica. Juntos desarrollaron el concepto de utilidad marginal y las externalidades negativas aplicadas al campo impositivo. Este avance sirvió para sentar la base de lo que se conoce como Estado Social de Bienestar y la base económica que permitió establecer impuestos especiales.

Se entiende por utilidad marginal, aquella satisfacción que se obtiene por consumir una unidad adicional de un bien o servicio. Por externalidad, un costo o beneficio que surge de la producción que recae sobre otro que no es el productor. La relación entre estos dos conceptos se podrá comprender mejor mediante un ejemplo.

Un consumidor compra un coche (A) lo que le permite desplazarse y cubrir sus necesidades de transporte. Esta compra lleva aparejada una serie de costes (Diésel, mantenimiento, seguros, impuestos, etc.). El beneficio que obtiene de la compra del coche se denomina utilidad. Los costes que se derivan de la utilización del vehículo se denominan externalidades negativas.

Ahora bien, si ese mismo consumidor decidiera comprar una unidad adicional, otro coche, que solo utilizará en ciertas ocasiones la utilidad resultante será negativa ya que posee otro bien con esa misma función generando el doble de gastos. Para la empresa las dos compras se comportan como una externalidad positiva debido que se obtiene un beneficio sobre el coste de un mismo consumidor.

En resumidas cuentas y siguiendo la Teoría de las externalidades, una acción tiene consecuencias; Las consecuencias generadas de la compra de un coche supondrán un beneficio a la compañía que lo vendió (externalidades positivas) y un coste al propietario (externalidades negativas).

Trasladando estos conceptos al campo de la Ecología y analizando los efectos que tiene el uso del vehículo en el medio ambiente se pueden obtener las siguientes conclusiones.

La externalidad negativa viene dada por una imposición de un coste que no solo es económico sino de índole social. La combustión del diésel originará lluvias ácidas, smog fotoquímico y posibles enfermedades respiratorias.

La externalidad negativa comienza con la producción del vehículo. La industria genera contaminantes derivados de la propia producción. Esta obteniendo un beneficio económico a costa de causar un perjuicio al medio ambiente.

La externalidad negativa es una cadena que implica tanto a productores como a consumidores. El uso del

[3] POR EFE (2016): "La contaminación cuesta 225.000 millones de dólares anuales a la economía mundial" 8 de septiembre de 2016. Disponible en: http://www.expansion.com/economia/2016/09/08/57d1a9fe46163fd86d8b464f.html.

producto recae en el consumidor que asume un grado de responsabilidad a la hora de usar el producto contaminante y los efectos que se originan.

Para dar solución a este problema, Pigou propone, *"quien genera una externalidad negativa, enfrenta un precio incorrecto para su producción, y sugiere incorporar un impuesto correctivo que conducirá a la asignación de recursos eficientes"* [4]. Así, el impuesto adquiere una nueva dimensión relacionándola con los efectos negativos que tiene el hecho imponible sobre el todo. Puede decirse que es el mejor medio coercitivo para lograr una buena orientación de las políticas financieras.

Es indispensable tener una visión internacionalista para poder diseñar una estrategia que ataque el problema de forma directa. *"Constituye una evidencia de carácter global que los temas ambientales han adquirido con el tiempo y fruto de ello han sido las discusiones en foros internacionales (...). Esta certeza se manifiesta en la asunción de que una respuesta eficaz a los más graves problemas es conveniente desde un punto de vista global, dada su incidencia mundial".*[5] Por lo que es necesario tener en cuenta los problemas que traen consigo la globalización, la implicación de todos los sectores y una correcta imbricación en los sistemas tributarios.

3. Respuesta Internacional a las externalidades negativas

Tras los primeros indicios en la detección del problema la respuesta internacional no se hizo esperar concentrando los esfuerzos con la Cumbre de la Tierra de Rio de Janeiro (1992) que dio como resultado la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.

Los esfuerzos se materializaron en una serie de principios. De los cuales, los más importantes son:

Principio 1. *"Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza".*

Principio 2 *"De conformidad con la carta de las Naciones Unidas y los principios de del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que este fuera de los límites de la jurisdicción nacional".*

Se extrae la siguiente declaración de intenciones. El medio ambiente se ha de constituir como un bien jurídico común que debe ser protegido por toda la comunidad internacional siendo cada Estado el que vele de manera particular por las actividades económicas que se generen dentro de su jurisdicción evitando perjuicios ambientales derivados de esta actividad a otros miembros de la comunidad. La manera de llevar a cabo esta responsabilidad sobre la protección ambiental que acompaña el desarrollo económico tiene sus orígenes el Informe Bruntland (1987) que busca continuar el desarrollo económico cubriendo las necesidades del ser humano sin afectar a los recursos de las generaciones futuras. Lo que se conoce como desarrollo sostenible.

En 1997 se hacen grandes avances en materia medioambiental tras el segundo informe de evaluación del IPCC, creado en 1988 por la ONU Y PNUMA. En el, se concluye que el cambio climático es una realidad que debe sus causas a la emisión de gases de efecto invernadero observando un aumento del registro de las temperaturas. Se le da una inmediata respuesta con el Protocolo de Kioto que impone para sus firmantes un compromiso para rebajar las emisiones.

Se diseñó una estrategia teniendo en cuenta los dos bloques de economía internacionales, las economías desarrolladas y las que estaban en vías de desarrollo. El objetivo consistió en una rebaja de las emisiones proporcionales y un cambio en el modelo industrial. Para poder acometer esta reforma se establecieron dos periodos; El primer periodo y objetivo se estableció hasta 2005, en ese espacio las emisiones deberían de haber bajado en un 5%. El segundo periodo con fecha límite hasta 2013 que se ha visto prorrogado hasta 2020 revisando el objetivo en función de la lista de gases contaminantes para proponer una nueva meta. Sin embargo, el proceso de prorroga no ha tenido un apoyo suficiente de los países industrializados (Canadá, Rusia, Estados Unidos, ...). Los países con mayores tasas de emisión.

Dentro de las medidas propuestas por el Protocolo destacan las siguientes:

Art 2.1 Protocolo de Kioto *"Con el fin de promover el desarrollo sostenible, cada una de las Partes incluidas en el anexo I, al cumplir los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del Art 3"*

Art 2.3 Protocolo de Kioto *"Las Partes incluidas en el anexo I procurarán limitar o reducir las emisiones de gases de efecto invernadero no contralados por el Protocolo de Montreal generadas por los combustibles de transporte aéreo y marítimo internacional trabajando*

---

[4] *Doⁿⁿa· Albero Sebastiáⁿ· Ceⁿtro Iberoamericaⁿo de Estudios Jurídicos y Ecoⁿómicos (2016) "Pigou y la soluciⁿ a la coⁿtamiⁿaciⁿ como exterⁿalidad ⁿegativa"· Dispoⁿible eⁿ http://cieje·com/articulos/pigou-la-solucioⁿ-la-coⁿtamiⁿacioⁿ-exterⁿalidad-ⁿegativa/*

[5] *Patóⁿ· G (2015) "Libertades comuⁿitarias· autoⁿomía tributaria y medio ambieⁿte" eⁿ Capitulo [5] "Hacía uⁿa acciⁿ comúⁿ eⁿ la fiscalidad ambieⁿtal y de la eⁿergía: políticas iⁿterⁿacioⁿales y comuⁿitarias"· España· CEF·*

por conducto de la Organización de Aviación Civil Internacional y la Organización Marítima Internacional".

Art 3.1 Protocolo de Kioto *"Las partes incluidas en el anexo I se asegurarán, individual o conjuntamente, de sus emisiones antropógenas agregadas, expresadas en dióxido de carbono equivalente, de los gases de efecto invernadero enumerados en el Anexo A no excedan de las cantidades atribuidas a ellas, (...), con miras a reducir el total de sus emisiones de esos gases a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el periodo de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012"*

Para dar salida a esta situación de crisis, en la COP21 de 2015, 195 países firmaron el Acuerdo de París. El objetivo es reafirmar el compromiso de la comunidad internacional mediante tres acciones concretas contenidas en el Art 2.

1. "*Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales y proseguir con los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reducirá considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático*".

2. "*Aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de efecto invernadero de modo que no comprometa la producción de alimentos*".

3. "*Situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiente al clima y con bajas emisiones de efecto invernadero*"

Este nuevo acuerdo introduce dos novedosas herramientas. La resiliencia al clima y las medidas financieras para conseguir el desarrollo sostenible.

Resiliencia al clima es la capacidad de adaptación que tiene un ecosistema para adsorber cualquier perturbación pudiendo volver a su estado original. Esta relacionada con la riqueza que posee; Cuantas más especies con diversas funciones dentro del ecosistema, mayor capacidad de adaptación tendría ante cualquier variación por efectos externos o internos.

Las herramientas financieras se instituyen como el eje principal para conseguir frenar el cambio climático. Cada Estado firmante del acuerdo tiene total autonomía para establecer las medidas oportunas. Dentro de esas medidas oportunas es indispensable diseñar un nuevo sistema fiscal medioambiental que ayude a financiar los efectos de las externalidades negativas.

4. Propuesta de tributación sobre emisiones de NO2 en sistema fiscal español

Siguiendo la Teoría económica de Pigou respecto al origen de las externalidades negativas y su cristalización en los sistemas fiscales, las emisiones de gases contaminantes deben incardinarse como parte de los impuestos especiales, a partir de ahora IIEE.

El primer obstáculo que se presenta a la hora de diseñar un sistema fiscal para las emisiones medioambientales es saber sobre que tipo de tributo recaerá el hecho imponible. La doctrina aglutina los tributos haciendo una clasificación tripartita de los mismos en, Impuestos, tasas y contribuciones especiales. Según la legislación vigente esta clasificación se efectúa en el Art 2.2 LGT. La tasa se define como un *"tributo cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público". Los impuestos son, "aquellos tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible esta constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente".* Las contribuciones especiales son *"tributos cuyo hecho imponible consisten en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos".*

Se ha de tener en cuenta que finalidad tiene el tributo medioambiental dentro del sistema fiscal. Si la respuesta es recaudar y utilizar lo recaudado para paliar las consecuencias negativas de los usos de la industria. El sistema se ha de diseñar en base a la teoría de las externalidades utilizando los impuestos especiales como base del sistema en detrimento de las tasas.

Un IE es aquel que grava el consumo de un bien en específico basado en su finalidad extrafiscal como instrumento de la política fiscal, sanitaria, energética o medioambiental. Lo que los hace distintos, por ejemplo, del resto de impuestos que tienen una finalidad meramente recaudatoria para el sostenimiento de los gastos públicos tal y como se desprende del Art 31 CE *"Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".*

Son impuestos indirectos debido que recaen en el consumo esto se debe a que el hecho imponible, la manifestación indirecta de capacidad económica, se realiza en esta fase del proceso económico. Lo interesante de este tipo de impuestos es que carecen de relación con una persona determinada por lo que no se tienen en cuenta las circunstancias personales para determinar el importe a pagar o recaudar.

El segundo obstáculo que sobrepasar consiste en la correcta incardinación en el sistema fiscal español. Para ello, se ha de tener en cuenta que la normativa europea que los regula. La política ambiental de la UE es una competencia compartida, Art 4 TFUE. Y las normas de competencia, política aduanera y mo-

netaria son exclusivas de esta, Art 3 TFUE. Se debe atender a las directivas y propuestas marcadas por la UE que definirán la estrategia a seguir ya que son comunes a todos los países miembro.

La Directiva 2008/118/CE relativa al régimen general de los impuestos especiales hace una clasificación general.

Art 1.A) *Productos energéticos y electricidad, regulados por la Directiva 2003/96/CE.*

Art 1.B) *Alcohol y bebidas alcohólicas, regulados por las Directiva 92/83/CEE y 92/84/CEE.*

Art 1. C) *Labores del tabaco, reguladas por las Directivas 95/59/CE, 92/79/CEE Y 92/80/CEE.*

En esta clasificación General no se hace mención específica sobre el régimen que deben seguir las emisiones de gases de efecto invernadero. Por derivación de la materia, se debe acudir a la Directiva 2003/96/CE de productos energéticos y electricidad, al estar las emisiones directamente relacionadas con las actividades energéticas, concretamente con el uso de hidrocarburos, que si tiene un desarrollo legislativo concreto.

Los impuestos especiales de fabricación son monofásicos, gravan solo una parte del proceso de comercialización, cuyo hecho imponible es la fabricación e importación de los productos objeto de la regulación comunitaria, lo que incluye su fabricación dentro de las fronteras de EU y el transporte de estos por el territorio común. Para el devengo de estos impuestos es necesario que se encuentren en régimen suspensivo, lo que quiere decir que el devengo del impuesto no se efectué con la realización del hecho imponible. Esto se debe a las fases del proceso económico que incluyen la fabricación, la importación y en su caso, la introducción de los productos en el mercado interior. Este proceso ocupa un gran abanico temporal en el que el legislador ha de actuar para respetar los principios rectores de la tributación aplicando solo el devengo hasta la puesta en consumo.

Teniendo en cuenta que los IIEE se gravan en fase de consumo, diseñar un sistema fiscal eficaz, capaz de recaudar fondos para cubrir todas las externalidades negativas posibles que genere el uso del NO2 no solo han de tenerse en cuenta a los consumidores, también a los productores de hidrocarburos. Ahora bien, siempre es mas sencillo imponer un sistema de tributación a unos pocos – empresas- que a unos muchos- ciudadanos-. Esta misma idea supone el surgimiento de un nuevo problema y es ¿Qué pasa con los impuestos de hidrocarburos? ¿Se establece una doble imposición al gravar las emisiones de estos con la fabricación?

Si se acude a una materia específica sobre emisiones. En la propuesta Directiva del Consejo de 5 de Julio de 2005, sobre impuestos a los automóviles de turismo. Se propone reducir las cuotas de CO2 mediante un sistema impositivo que grave la matriculación de vehículos y emisiones. Lo que subsana el problema parcialmente al gravarse solo un tipo de gas de efecto invernadero.

Según la normativa vigente los impuestos de hidrocarburos van dirigidos a gravar el consumo de estos a través de su fabricación e importación. El objeto es desincentivar el consumo concienciando de que las emisiones de CO2 son perjudiciales para el medio ambiente. Sin lugar a duda, tras las recientes investigaciones científicas la normativa se tendría que actualizar, ya que el CO2 no es el único gas responsable de las externalidades negativas que hay sobre el medio ambiente.

Teniendo en cuenta los preceptos antes mencionados diseñar un nuevo sistema fiscal para los productores de hidrocarburos supone dos problemas. El primero tiene que ver con la naturaleza de la nueva normativa, se sobreentiende que con el impuesto de fabricación existente ya se cubren las externalidades negativas generadas por los mismos y con ello se evita una doble imposición. De otro lado, las consecuencias negativas que supondría la nueva regulación y su impacto sobre la economía y la industria.

Para el consumidor la situación es algo distinta. El hidrocarburo que utiliza al encender su motor es un producto distinto cuando sale del tubo de escape. Se puede simplificar el problema tomando por ejemplo la combustión de CH4 (metano) que produce CO2 (Dióxido de carbono).

CH4(líquido) + AIRE (O2, N2) = CO2(gas) + H2O.

Como se puede observar en la fórmula CH4 y CO2 son dos compuestos de naturaleza química distinta. La externalidad negativa para el productor se gravaría con la propuesta antes mencionada basada en los hidrocarburos como tal CH4 (liquido). La emisión de CH4 (gas) se gravaría a través de una ley de Impuestos especiales sobre la emisión de gases de efecto invernadero, concretamente NO2 al consumidor. Responsable también de las emisiones. Bien es cierto que se establece una sinergia entre reactivos y productos, uno no existe sin el otro. El productor es responsable de la fabricación y consumo mientras que el consumidor es responsable del propio consumo.

La normativa fiscal en España, la ley de IIEE en la exposición de motivos tercera dice que *"Los impuestos especiales de fabricación se configuran como impuestos indirectos que recaen sobre el consumo de los bienes que se determinan en el ámbito objetivo de cada uno de ellos, gravando en fase única, su fabricación o su importación en cualquier punto del ámbito territorial comunitario"* nada dice de las emisiones de efecto invernadero. Según el Informe World Economic for Energy de 2013 para una mejora del medioambiente y en cumplimiento con los acuerdos internacionales. Se propone crear

un impuesto específico acerca de las emisiones de SO2 (Dióxido de Azufre), otro gas altamente perjudicial, y NOx haciendo una estimación sobre el impacto económico que tendría gravar las emisiones. *"El SO2 Y NOx, principales causantes de la lluvia ácida y el origen de importantes problemas sobre la salud humana través de inhalación directa o contribución al denominado smog. Se estiman unas externalidades de 8.000€/ Tonelada y de 10.500€/Tonelada".*

A grandes rasgos y según señala la Constitución en el Art 31 CE se señala que *"Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".* Competencia que es propia del Estado según señala el Art 133 CE *"La potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley"*. Por lo que el sistema fiscal se debe gravar de forma general a través de una imposición estatal que no impediría participar a las CCAA de una participación cediendo parte de la recaudación como ya ocurre.

Sin embargo, la actualidad jurídica es distinta a la situación ideal ya que en estos momentos son las CCAA quienes están tomando la iniciativa en materia fiscal medioambiental debido a la inacción del gobierno. Según se recoge en un análisis efectuado por Gómez-Acebo & Pombo acerca de los impuestos verdes se lee *"En España, las comunidades autónomas son las que han hecho más uso (y abuso) de los impuestos ecológicos. Ante la pasividad del Estado en el ejercicio de su competencia para implantar tributos ambientales, las comunidades autónomas llevan años legislando en la materia, creando impuestos que afectan al agua, a la emisión por las industrias y actividades de determinados gases nocivos, o a las actividades relacionadas con los residuos". (¡).* Constituyendo una infracción clara al principio de reserva de ley en materia tributaria provocando una mala incardinación y un uso abusivo de estos elementos tal y como se declara en la STC de 31 de octubre de 2012 declarando inconstitucional el impuesto de Castilla- La Mancha <<Sobre determinadas actividades que inciden en el medioambiente>>.

Es importante recordar que el poder soberano que posibilita la imposición de impuestos se ha de realizar en sede parlamentaria estatal debido a que la propia naturaleza del proceso legislativo permite la relación y la intervención de todos los grupos de interés sobre la materia a legislar. No solo una pequeña parte de esos grupos como ocurre con los parlamentos autonómicos. Por otro lado, se evitan riesgos de conflicto de competencias y la violación de los preceptos constitucionales.

En síntesis, teniendo en cuenta la Constitución y las leyes, la doctrina constitucional y la doctrina mayoritaria se debería gravar en función de las fuentes que originan estas emisiones conforme y establece la jurisprudencia en STC 37/1987, de 26 de marzo *"El Hecho imponible tienen que constituir una manifestación de riqueza".*

Las emisiones tienen su origen en dos focos. Las procedentes de un foco canalizado, localizaciones industriales. Y las difusas, cualquier fuente capaz de producir contaminación atmosférica propias de liberación por aberturas o conductos o los pequeños generadores de contaminación (vehículos, generadores de electricidad que utilizan Diésel, etc.).

Para las fuentes difusas el impuesto sería de carácter indirecto – gravado sobre la manifestación indirecta de riqueza- que se manifiesta en la compraventa. Por ende, se debe modificar la ley de IIEE o hacer una nueva ley que regule las emisiones de gases de efecto invernadero. A este respecto en el ámbito nacional solo se regulan en el RD 795/2010 que regula la comercialización y manipulación de gases fluorados (neveras, aerosoles, ...).

Para las fuentes localizadas o industriales. Se debe de imponer un tipo de gravamen directo a los beneficios obtenidos de las centrales térmicas, combustiones industriales y sobre los fabricantes de motores Diésel. El gravamen sobre los fabricantes de motores supone una medida para incentivar que se fabriquen motores que funcionen con fuentes de energía renovable o combustibles que no dañen el medio ambiente.

Esto supone una nueva controversia. El efecto sobre el empleo, lo que genera el eterno debate entre la ecología y progreso. Parte de la doctrina considera que una imposición fuerte en materia industrial supone la destrucción indirecta de impuestos. Teniendo en cuenta los datos macroeconómicos antes expuestos en cuanto a la incidencia negativa que tienen los gases de efecto invernadero en el PIB sería recomendable imponer la normativa. Es preciso recordar que la administración esta obligada a velar por el interés general, y que mejor interés general que la creación de un nuevo modelo de industria que respete la salud y la integridad física.

En cuanto al nivel de imposición de las CCAA se ha de tener en cuenta el Art 137 CE *"Autonomía financiera"* lo que permite a las autonomías imponer sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales sin dilapidar el Art 157.2 CE *"No podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan un obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios" y Art 6.2 LOFCA "Los tributos que establezcan las CCAA, no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado".*

De poder implementarse esta medida legislativa teniendo en cuenta el informe de The Economics for Energy, que realiza una simulación del impacto sobre la recaudación sobre esta hipotética ley da como resultado *"la recaudación impositiva ascendería a 5.354*

millones de Euros, 2.590 millones procedentes del impuesto sobre el SO2 y 2.764 millones del impuesto sobre el NOx (…). las emisiones SO2 y NOx caerían respectivamente -1,81% y -1,07%.". Recaudación que podría invertirse íntegramente en la investigación médica contra las externalidades médicas (cáncer) o medioambientales de las emisiones. Por consiguiente, esta nueva ley, lo que busca es desincentivar el uso de productos energéticos nocivos por parte del consumidor e incentivar el cambio en el tejido industrial necesario para poder vivir de la mejor manera en el planeta y haciendo efectivo el Acuerdo de París.

5. Conclusiones

La Comunidad Internacional ha intentado dar una respuesta al cambio climático y al deterioro progresivo del medioambiente a través de una mera declaración de intenciones. Lo que supone la existencia de una voluntad que se malogra al no establecer en los acuerdos internacionales un paquete de medidas coercitivas de corte financiero que se ejerciten al no cumplirse los Acuerdos. La causa de este problema es el propio funcionamiento de la dinámica internacional y de los principios del Derecho Internacional, el Estado solo se obliga así mismo a lo que quiere obligarse en base a criterios de oportunidad.

Centrando el foco en España, la creación de un nuevo impuesto especial sobre las emisiones de NO2 y la modificación del impuesto de Hidrocarburos supone en gran medida plantear el cambio del tejido industrial español y con ello, su modelo económico. Cambio que es necesario, pero no solo corresponde al gobierno central, sino que es también responsabilidad del ciudadano creando ese nuevo tejido industrial con espíritu de emprendimiento a través de la economía colaborativa y las *Start Ups*.

Sin lugar a duda los progresos lineales u horizontales, es decir, innovar sobre las cosas que ya funcionan y hacer que funcionen en todo el mundo generan un balance de progreso nulo. Para una correcta evolución de la economía y de la industria es necesario generar una nueva manera de entender la industria que miré mas allá de la globalización, hacer algo distinto que nos permita movernos y producir de una manera eficiente, a estos cambios se les denominan verticales. Es más sencillo transponer estas medidas en las economías emergentes abiertas a nuevas propuestas donde todo esta por hacer que en las economías tradicionales.

En palabras de Paul Krugman *"¿Tendremos la fuerza de voluntad necesaria para llevar a cabo una reforma seria del sistema financiero? Si no, la crisis actual no será algo puntual, sino el patrón que seguirán los acontecimientos venideros".*

6. Bibliografía

CEF (2018): Centro de Estudios Financieros "Los impuestos especiales". Disponible en: http://www.fiscal-impuestos.com/impuestos-especiales.html

Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático. "Acuerdo de París" 2015. Disponible en: https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf

Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Protocolo de Kioto, 1997. Disponible en: https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf

Casado, Esperanza (2017) *"Fiscalidad Práctica 2017, Impuestos Especiales y Medioambientales"* en Madrid, Thomson Reuters Aranzadi.

Dirección General de sostenibilidad y control ambiental "Calidad del aire Madrid 2016". Disponible en: http://www.mambiente.munimadrid.es/opencms/export/sites/default/calaire/Anexos/Memoria2016.pdf

Falcón y Tella, Ramón (2016): *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, 6ª Edición, Madrid, Servicio de Publicaciones facultad derecho UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADIRD.

Lozano Cutanda, Blanca (2012) "Impuestos verdes: no todo vale" *Análisis Gómez-Acebo Pombo*. Disponible en: http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/impuestos-verdes-no-todo-vale-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-31-de-octubre-del-2012.pdf

Urquizu Ángel, *"Políticas de protección ambiental del S. XXI: medidas tributarias, contaminación ambiental y empresa"* en Madrid, JB BOSH fiscalidad.

World Economics for Energy 2013 *"Impuestos Energético ambientales en España"*. Disponible en: https://eforenergy.org/publicaciones.php

7. Normativa Consultada.

Constitución Española.

Directiva 2008/118/CE.

Directiva 2003/96/ CE.

Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales.

Ley 15/2012 de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

Ley 16/2013 donde se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad ambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

DERECHO PENAL

Fiscalía Europea, más allá de la Cooperación Judicial

ANTONIO GUTIÉRREZ GUIJARRO
Universidad Carlos III

Paradoxically, surrendering sovereignty enhances sovereignty. That is the secret of success for the EU.
Ulrich Beck.

La unidad de Europa no es una fantasía, es la realidad misma.
José Ortega y Gasset.

RESUMEN: El presente trabajo pretende arrojar cierta luz acerca del acuerdo alcanzado en el seno del Consejo de la Unión Europea sobre la constitución de la Fiscalía Europea como organismo formal y con plena autonomía en el seno de la Unión Europea. Asimismo, nos remontaremos varios años atrás para desenterrar los fundamentos de la idea de este 'ministerio público europeo' y las competencias que pretende asumir; algo no exento de dificultades. Igualmente, se tratarán los principales obstáculos con los que puede encontrarse la Fiscalía Europea respecto a la legislación interna de los Estados Miembros.

Palabras Clave: Unión Europea, Derecho Penal, Ius Puniendi, cooperación judicial, Tratado de Lisboa.

ABSTRACT: This paper deals with the agreement accomplished in the bossom of the European Unión Council about the creation of European Public Prosecutor's Office as a formal organism with full autonomy in the European Union. Additionally, we will go back several years to unearth the foundations of the idea of this 'European public prosecutor' and the competences it intends to assume; something not without difficulties. Also, we deal the obstacles with which the European Public Prosecutor's Office can be found with respect to the national legislation of the Member States will be discussed.

Key Words: European Union, Criminal Law, Ius Puniendi, judicial cooperation, Lisbon Teatry.

Índice de abreviaturas

UE	Unión Europea
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
EM	Estado(s) Miembro(s)
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
JAI	Justicia y Asuntos Internos
TS	Tribunal Supremo
MPE	Ministerio Público Europeo
PE	Parlamento Europeo
OLAF	Oficina Europea para la Lucha contra el Fraude
EEUU	Estados Unidos

Recepción: 23.03.2018 Aceptación: 25.04.2018

1. Introducción y perspectiva histórica del proyecto: el Corpus Iuris

En los albores de la Comunidad Europea de los tratados, el derecho penal se había excluido sistemáticamente, y, por tanto, se había convertido pilar excluido de cualquier delegación de competencia en favor de la Unión Europea –y guardado con gran celo por los Estados-. Tendríamos que esperar hasta 1992, con la firma del Tratado de Maastricht (TUE) y la introducción del artículo 209 A, para atisbar los primeros pasos hacia una coordinación en materia penal, más concretamente, en lo referente al fraude que afecte a los intereses económicos de la Comunidad Europea[1]. Será este tratado, el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), el que plantee el proyecto comunitario sobre tres ejes, las Comunidades Europeas, la PESC y la JAI.

Posteriormente, habrá que esperar escasos años para ver en el texto del Tratado de Ámsterdam avances en materia de cooperación judicial penal. En el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE (en adelante, ELSJ) -creado por el anteriormente citado tratado-, será el Consejo Europeo celebrado en Tampere[2] quien ponga en valor la importancia de esta cooperación policial y judicial entre los Estados Miembro para perseguir la delincuencia transnacional. Dentro de las conclusiones adoptadas por este Consejo, nos resulta atractivo para el tema que venimos a tratar el párrafo 48,

Sin perjuicio de los ámbitos más amplios contemplados en el Tratado de Ámsterdam y en el Plan de Acción de Viena, el Consejo Europeo considera que, con respecto al Derecho penal nacional, la labor para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debe centrarse en primer lugar en una serie limitada de sectores de especial importancia, tales como la delincuencia financiera (blanqueo de capitales, corrupción, falsificación del euro), el tráfico de drogas, la trata de seres humanos, en particular la explotación de mujeres, la explotación sexual de la infancia, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico.

Lo que dibuja el mapa hacia una armonización de tipos y penas en los Estados Miembro, aunque centrándose únicamente en ciertas materias como son los delitos financieros y contra el orden económico, delitos de tráfico de drogas y trata de personas.

A la par de estos acontecimientos, el Parlamento Europeo propugnaba la creación de un grupo de expertos –entre los que se encontraban el Magistrado del TS, don Enrique Bacigalupo Zapater- que durante los años 1.996 y 1.997 se encargaron de elaborar un documento donde se analizaba la posible protección penal de bienes jurídicos comunitarios. Este documento que vino a denominarse *Corpus Iuris*, albergó los principios rectores de una protección penal de los intereses financieros de la UE, recogiendo así el encargo que el Consejo de Tampere concluía pocos meses después.

Dicho trabajo, coordinado por la Profesora Mireille Delmas-Marty, contenía en sus treinta y cinco preceptos en los que se abordaba la protección penal de intereses financieros y presupuestarios, ciertos aspectos de casuística procesal y, además, la figura del Ministerio Público Europeo. El artículo dieciocho del presente texto auspiciaba la creación de esta *"autoridad de la Comunidad Europea, responsable de la investigación, la persecución"* y otras acciones en el seno del espacio judicial europeo. De la dicción del citado precepto, el MEP se erigiría como un órgano independiente tanto de las autoridades judiciales de los Estados Miembro, como del resto de instituciones europeas.

En la línea de mejorar ciertos aspectos del trabajo realizado por la comisión de expertos y, con el fin de incluir algunas discusiones originadas a raíz de su primera publicación, en el año 2.000 se procede a publicación actualizada del *Corpus Iuris*.

2. Una mirada nacional, el *ius puniendi* como competencia exclusiva de los Estados

Desde la publicación de la actualización del *Corpus Iuris* 2000, el debate político y académico acerca del derecho penal europeo no ha cesado. Si bien, es consecuente afirmar la existencia de puntos comúnmente aceptados, como puede ser la necesidad de protección de concretos bienes jurídicos y, que para ello, se requiere traspasar las fronteras del Estado-nación y la concepción nacional del *ius puniendi*.

[1] Artículo 209A: *«Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones. »*

[2] Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1.999. Pt. C, para. 40 y ss.

En una construcción política, social y económica como es la Unión Europea, se requiere de un sistema jurídico que regule todas las relaciones que se puedan derivar en la interacción de los millones de individuos pertenecientes al proyecto común. Y, conscientes de que esta interacción en ocasiones no es pacífica, también han de existir reglas que prevengan y sancionen las acciones no aceptadas. Sin embargo, cada Estado Miembro cuenta con una cultura y una conciencia social particular, según la cual, algunas acciones están mayor o menormente permitidas, sancionadas de forma más grave o menos, etc. Asimismo, es el Estado el que detenta la potestad punitiva sobre aquellas conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, es el único facultado para ejercer la fuerza de forma legítima, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Y este es el primer obstáculo con el que la UE se encuentra en su labor de armonización del derecho penal.

El derecho penal, el poder punitivo, el *ius puniendi* es competencia exclusiva de los Estados. La jurisdicción penal se erige como la herramienta del Estado para poner coto y sancionar las conductas que pongan en riesgo o ataquen a los bienes jurídicos más importantes de la sociedad. El Derecho Penal es, en palabras del profesor Carraca, el protector de la libertad humana. Y, asimismo, como decía Mir Puig *"el Derecho penal subjetivo es el derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho Penal objetivo"*, siendo la competencia más amplia que la tarea de castigar conductas[3]. Es decir, además posee el dominio sobre el proceso penal pues, es competencia de los tribunales españoles la administración de justicia. Asimismo, la defensa social y la garantía del orden jurídico estatal que promulga el Derecho Penal deben atender a una serie de limitaciones inherentes a cualquier Estado Social y Democrático de Derecho. Los principios que más nos interesan aquí son el principio de proporcionalidad, el principio de legalidad, el principio de territorialidad.

Y es que si otra cosa no ha quedado clara, es la de que los Estados Miembro son reticentes a ceder soberanía a las instituciones comunitarias y, sobre todo, en lo referente al *ius puniendi*. De ello que la UE, a partir del Tratado de Lisboa, haga uso de las Directivas con el fin de una armonización directa que afecte a la definición de la conducta pero, en lo referente a la consecución de los objetivos de la política comunitaria (lucha antifraude, protección medioambiental...). Y es que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, desaparecía el sistema de pilares que, hasta ese momento, tenía circunscrito el Tercer Pilar–referente a la cooperación penal- a las posiciones comunes y decisiones marco. Sería desde ese momento (como veremos en el siguiente apartado) en que la competencia exclusiva que venían ejerciendo los Estados Miembro se viese 'debilitada', pues dicho tratado abría las puertas a la pretendida armonización a través de directivas.

No obstante, son muchos los estados pertenecientes a la UE, cada uno con su particular dogmática penal y, pese a las similitudes que algunos ordenamientos puedan poseer entre sí, no están exentos de diferentes grados de punición. Y, aunque positivamente, el proceso de integración europea y la primacía del derecho comunitario han venido armonizando las bases de los ordenamientos jurídicos de estos Estados Miembros, existen diferencias evidentes entre unos ordenamientos y otros. Y, sobre todo, entre el *common law* y el derecho continental, algo de lo que podemos 'salvarnos' si finalmente se produce la salida de Reino Unido de la UE.

Sin embargo, la delincuencia se ha vuelto global, no entiende de fronteras y, las respuestas nacionales son, en significativa parte, insuficientes. Los intereses nacionales no se limitan al territorio estricto y, en especial, en el marco de la UE, traspasan las fronteras nacionales para recorrer es territorio UE con total libertad. Con esa misma libertad es con la que organizaciones criminales y prácticas delictivas pueden transgredir las normas penales básicas de cada Estado. Del mismo modo que la globalización ha transformado la forma de comunicarnos, la cultura, la economía, etc., también ha transformado la criminalidad; de aquí que se requieran nuevas formas de regulación que alcancen allí donde el derecho nacional es ineficaz. En conclusión, se requieren nuevos mecanismos para abordar los problemas que todo esto conlleva, y esto pasa por delegar soberanía también en este aspecto.

3. Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo: creación de la Fiscalía Europea

Como anteriormente relataba, el Tratado de Maastricht supuso un avance sin precedentes en materia de integración judicial, situando la piedra angular de la tanto a la armonización de los de bienes jurídicos protegidos como de la misma protección en sí, de las penas establecidas. Será la Comisión Europea, en 2001,

[3]S. Mir Puig, Derecho Penal, Parte General. pp. 7 y 8.

quien publique el Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, con el fin de profundizar en el debate de los cauces técnicos y legislativos para su creación y adaptación a las legislaciones nacionales. Este proyecto de la Comisión mantenía la línea que se recogía en el Tratado de Ámsterdam y las conclusiones del Consejo arriba tratadas, que venían a reforzar la cooperación pero manteniendo el núcleo decisorio en el plano nacional de los EM. Y, en ese panorama, se crea *Eurojust*. Este órgano nacería en febrero de 2002, por Decisión del Consejo y, cuyo fin sería fomentar y mejorar la coordinación y cooperación entre las autoridades de los Estados Miembro para delincuencia organizada.

Hasta este punto pues, contamos con diversas figuras en la órbita de la cooperación judicial, Red Judicial Europea, jueces de enlace, el *Eurojust* y, ahora, la Fiscalía Europea. Ante la posible superposición que pudiera darse de este conglomerado, parece ser que la esencia de este último órgano es distinta a la de *Eurojust*. Mientras que este último está enfocado exclusivamente a todo lo relativo a la cooperación judicial como venía entendida en el Tratado de Ámsterdam y en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Tampere, la Fiscalía Europea adopta una posición completamente distinta.

La Fiscalía se postula como una instancia comunitaria con competencias propias para llevar a cabo actuaciones judiciales encaminadas a la protección de los intereses financieros de la UE, es decir, una actuación puramente activa. Parece, pues, que estos dos órganos comunitarios trabajarán conjuntamente en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, teniendo delimitadas sus competencias, pues hasta el momento ninguno de los órganos existentes tenía competencia para llevar a cabo investigaciones penales. Por otro lado, también parece que seguirá existiendo la Oficina Europea para la Lucha contra el Fraude (OLAF), continuando con su labor de investigación administrativa sobre irregularidades y, en caso de investigaciones en casos paralelos, será ésta la que se inhiba en favor de la Fiscalía Europea, quien podrá solicitar su colaboración. Asimismo, al existir EM que no han ratificado el Reglamento del Consejo por el que se crea la Fiscalía, la OLAF mantendrá un papel preponderante en ellos. Paralelamente, con la aprobación del Tratado de Lisboa en 2006 –y su entrada en vigor en 2009-, la UE abandonaba el sistema de pilares y, respecto al asunto que hoy nos atañe, desaparecería los instrumentos del T ercer Pilar (posiciones comunes, decisiones marco, convenios) que requerían la unanimidad del Consejo[4]. Así, frente a los anteriores instrumentos, el TFUE opta por la aplicación del procedimiento legislativo ordinario –codecisión entre PE y Consejo de la UE-, salvando los escollos que hasta el momento se producían a la hora de adoptar posturas por unanimidad. Asimismo, en este mismo texto legal debemos centrar nuestra atención en el artículo ochenta y cuatro, el cual recoge la creación de la Fiscalía Europea. Con este precepto, el TFUE sienta la legalmente la más que debatida figura de un ministerio público europeo encargado de proteger los intereses de la Unión Europea. Si bien, el precepto en cuestión nos remite a desarrollo reglamentario que, finalmente, en 2017 hemos podido ver aprobado.

3.1 Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo.

Tras muchos años con la idea incorpórea de la creación de un ministerio público, de un órgano de defensa de los intereses comunitarios, de un Fiscal Europeo… ha llegado el momento de su aprobación. Han sido veinte los Estados Miembro (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumanía) que en el seno del Consejo de la UE, han adoptado el Reglamento (UE) 2017/1939, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

En las consideraciones previas del propio Reglamento se enuncia el carácter limitado de su actuación, tal que así: *las funciones de la Fiscalía Europea deben ser investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión con arreglo a la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, así como los delitos que están indisociablemente vinculados con ellos. Toda ampliación de esta competencia para que incluya delitos graves de dimensión transfronteriza requiere una decisión unánime del Consejo Europeo*[5]. Que no es sino una reproducción de lo recogido en el art. 86.4 TFUE. De ello, podemos extraer que de cara a poder ampliar sus competencias hacia otros delitos, nos encontraría con cierta dificultad debido a las reticencias que los Estados Miembros suelen mostrar en el Consejo y la necesidad de una unanimidad para dicha ampliación. Aunque es un ámbito de partida muy característico en la UE (ya en el germen de esta idea venía asociada a la defensa de los intereses financieros), el mecanismo de ampliación

[4]Tratado de la Unión Europea, 1992. Art. 34.2.
[5]Reglamento 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017. Consideración nº 11.

obstaculiza la posibilidad de que la Fiscalía pueda investigar (de forma automática) otros delitos transfronterizos tan importantes como el terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas o la explotación sexual. En cualquier caso y, de conformidad con el artículo veintidós de este texto legal, la materialización de la Fiscalía crea un espacio común de investigaciones y actuaciones judiciales de marcado carácter económico.

Una vez delimitado el campo de actuación del nuevo órgano, el Reglamento asevera que el Fiscalía posee sus competencias con carácter compartido con las autoridades nacionales, relaciones que han de basarse en la cooperación leal mutua. En este sentido, cuando una autoridad nacional esté conociendo de un caso que resulte ser competencia de la Fiscalía Europea, deberá dar traslado a la misma y, en caso afirmativo, inhibirse a favor de ella[6].

La Fiscalía –y todos sus miembros- se erige como un órgano independiente de cualquier institución o Estado Miembro. El Fiscal General Europeo será nombrado por el PE y el Consejo por un mandato no renovable de siete años. Únicamente, el Fiscal General deberá rendir cuentas anualmente ante el PE y el Consejo –así como ante los parlamentos nacionales que lo soliciten-.

La misma tendrá sede en Luxemburgo, pero adoptará una estructura descentralizada en los Estados Miembro a través de los Fiscales Europeos Delegados.

En otro orden, no existe traslado del núcleo de decisión o soberanía hacia la Unión, puesto que la existencia de Fiscales Europeos que lleven las investigaciones y actuaciones, no conlleva el traslado decisorio hacia la sede de la Fiscalía, sino que serán los tribunales nacionales los que efectúen la tutela penal. Es posible vislumbrar, con una rápida lectura, que la estructura procedimental permanece bajo el poder de las administraciones de justicia nacionales. Se rechaza, por tanto, el crear una jurisdicción europea específica. Lo mismo ocurre respecto a las medidas de investigación, que podrán ser ordenadas o solicitadas por la Fiscalía Europea pero en atención al Derecho nacional de los Estados –es decir, se requerirá autorización judicial cuando así se tenga previsto-.

Respecto a los medio probatorios, el Reglamento viene a recoger la postura defendida con anterioridad en el seno del debate europeo. No se rechazarán las pruebas presentadas por el simple hecho de haber sido obtenidas en otro Estado Miembro, siempre y cuando se haya realizado conforme a la ley del Estado donde se obtuvieron. Es el art. 82 TFUE el que recoge la encomienda del reconocimiento mutuo de pruebas en aras de la cooperación judicial. Por tanto, siempre y cuando el juez que conozca del caso considere que respetan la imparcialidad del proceso y las garantías procesales, serán admitidas. En este sentido, debemos tener presente la Orden Europea de Investigación (OEI), cuyo fin es crear un sistema general de obtención de pruebas para los casos transfronterizos[7]. Si bien, este tema pudiera no estar exento de problemas prácticos.

Parece, por tanto, que el funcionamiento de la Fiscalía no va a ser absolutamente autónoma ya que los fiscales delegados así como las estructuras nacionales que los Estados Miembro pongan a disposición de la misma van a suponer un obstáculo a la libre y plena independencia que el texto legal alaba.

3.2. Conclusiones.

Con todo lo anteriormente descrito, resulta fácil admitir que el Tratado de Lisboa supuso un cambio total del ELSJ y que ahora, concretamente en el ámbito de Justicia, vemos avanzar. Ante la dificultad y reticencia de los Estados a la configuración de un código penal común, con penas y sanciones concretas, parece que se ha llegado a un principio de acuerdo en la persecución de ciertos delitos. Así las cuestiones en materia de una mayor integración en el Espacio de Justicia, cabe plantearse las siguientes cuestiones de cara a un futuro cercano:

- Con las grandes distinciones del funcionamiento existentes entre EEUU y la UE, ¿estamos asistiendo al comienzo de un desdoblamiento del Derecho Penal en el que existan delitos nacionales y delitos comunitarios, a semejanza del binomio estadounidense de delitos federales y delitos de cada Estado? Parece por tanto que, a intereses básicamente comunes corresponde una protección común.

- Junto con la importancia y el significado fundamental de la Libertad en el proyecto UE, la seguridad se alza como garantía para perseguir la injusticia y los delitos por todo el territorio UE. Se pretende así, au-

[6]El artículo 27 del Reglamento recoge el derecho de avocación de la Fiscalía Europea sobre los casos que le lleguen a conocimiento.
[7]Directiva 2014/41/CE del PE y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

nar esfuerzos a la par que el desarrollo de las nuevas tecnologías ha supuesto una opción a la criminalidad para escapar de la Justicia.

- Si la Fiscalía se erige como un organismo independiente de los EM, conseguiremos superar los obstáculos que hasta hoy han supuesto las diferencias de garantías procesales de los EM y otras particularidades de cada ordenamiento.

- La especial focalización de la Fiscalía sobre el fraude contra los intereses financieros de la Unión pretenderá la recuperación de aquellos fondos que los EM han aportado a la realización de un proyecto superior, de una comunidad compartida. Sin embargo, hubiera sido una ocasión extraordinaria para incluir –y/o reforzar la protección- otros bienes jurídicos comunitarios como puede ser el medioambiente, derechos de los trabajadores o defensa de los consumidores. Para otra ocasión quedará, pero quizás sería aconsejable embarcarnos en la armonización de la protección de estos bienes, también fundamentales para los ciudadanos de la UE, mientras el barco siga en el puerto. No nos quedemos únicamente en el marco económico como demuestra la exigencia política a los parlamentos nacionales de proteger los bienes jurídicos comunitarios – por ejemplo, las distintas directivas sobre el blanqueo de capitales- siendo entonces los EM quienes realizan la codificación punitiva de las acciones delictivas contra dichos bienes y no, un verdadero código europeo.

Si el mundo está tendiendo hacia una cada vez mayor globalización, deberemos construir un ordenamiento europeo pleno, no parcial, coherente, no incongruente; un sistema consecuente con esa universalización de derechos que respalda la idea de Europa.•

4. Bibliografía.

4.1. Internal Sources.

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2007). Diario Oficial de la Unión Europea, C 202, 7 de junio de 2016.

- Tratado de la Unión Europea (1992). Diario Oficial de la Unión Europea, C 202, 7 de junio de 2016.

- Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.
- Consejo Europeo de Tampere, 'Conclusiones de la Presidencia', 15 y 16 de octubre de 1999.

- Comisión Europea, 'Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo' (2001).

4.2. Nacional Sources.

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal («BOE» núm. 260, de 17/09/1882).

- Mª Luisa Silva Castaño y Enrique Bacigalupo Zapater, *Un Derecho Penal para Europea. Corpus Juris 2000. Un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios* (2004), Dykinson.

- Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*. Ed. 10ª, (1996) Reppertor.

- Ministerio de Justicia, Gobierno de España, 'Conclusiones del grupo de expertos sobre la Fiscalía Europea' (2009).

-Delia Carolina Doreste Armas, *"El espacio judicial europeo y la fiscalía europea como órgano de investigación y persecución penal"*, Diario La Ley, núm. 8981, Sección Tribuna, 17 de Mayo de 2017.

- Antonio Zárate Conde y Mercedes de Prada Rodríguez, *'La fiscalía europea: una realidad cada vez más cercana'*, Diario La Ley, Nº 8641, 9 de noviembre de 2015.

-Myriam Segura Rodrigo, *La Cooperación Policial y Judicial Penal en el ámbito de la Unión Europea*. Ministerio de Justicia, Estudios, Boletín núm. 1926-Pág. 5.

- John A.E. Vervaele, *El Ministerio Fiscal Europeo y el Espacio Judicial Europeo. Protección eficaz de os intereses comunitarios o el inicio de un derecho procesal penal europeo*. Revista Penal 9, 2002, 134.

- Natacha González Viada, *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional, Marcial Pons, 2009*. Capítulo IV.

The judges in the Rome Statute of the International Criminal Court. An analytical overview

MIGUEL ÁNGEL SEVILLA DURO
Universidad de Castilla - La Mancha

RESUMEN: La evolución del Derecho Penal Internacional está siendo muy rápida. Se suele creer que sucede porque hay un aumento asombroso en la cantidad de atrocidades que ocurren y, por lo tanto, una sofisticación del sistema legal acompañada de un cambio gradual en su base filosófica. En este contexto, la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) a través del Estatuto de Roma debería implicar un desarrollo en el papel de los jueces. El alcance de este trabajo es presentar la institución de los jueces en el mencionado Estatuto, analizando de manera crítica los órganos de la Corte, el papel de la Presidencia y las Salas, el servicio, las condiciones y la elección de los jueces, así como los derechos y deberes que tienen; todo ello en relación con los desarrollos más recientes en el Derecho Penal Internacional.

Palabras Clave: Derecho Penal Internacional, Jueces, CPI, Estatuto de Roma.

ABSTRACT: The evolution of the International Criminal Law is being very quick. It is widely believed that this happens because there is a staggering increase in atrocities, and, therefore, a sophistication of the legal system, accompanied by a gradual shift in its philosophical underpinning. In this context, the creation of the International Criminal Court (ICC) through the Rome Statute should involve a development in the role of the judges. The scope of this paper is presenting the institution of the judges in the Statute mentioned, analysing in a critical way the organs of the Court, the role of the Presidency and the Chambers, the service, term and election of the judges as well as the rights and duties they have; all of these in relation with the most recent developments on International Criminal Law.

Key Words: International Criminal Law, Judges, ICC, Rome Statute.

ACLT Advisory Committee on Legal Texts.
ICC International Criminal Court.
ICTY International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.
ICTR International Criminal Tribunal for Rwanda.
ILC International Law Commission.
SCSL Special Court for Sierra Leone.
UN United Nations.

Recepción: 23.03.2018 Aceptación: 23.04.2018

1. Introduction

If the judges´ function on international courts is not anymore being merely *bouches de la loi* (in accordance to the classic Montesquieu´s lesson, in which the role of the judge was limited to apply mechanically the norm), all questions related to who our judges are and what do we wish on that issue in an international context such as the ICC assume greater relevance.

Following this premise, the scope of this paper is presenting the institution of the judges on the Rome Statute, analysing the organs of the Court, the role of the Presidency and Chambers, the service, term and election of judges and the rights and duties they have; all of these in relation with the most recent developments on International Criminal Law.

On the first part of this study, it will be objectively analysed the composition of the Court and its different organs. This paper will emphasise on the role of the Presidency and its members, as well as in the Chambers and the performance of judges in this organ. Secondly, the service, term and election of judges will be analysed. After some essential notes on judges' position, the qualification, nomination and election of judges will be showed, apart from the judicial vacancies and its regulation. In the third place, this essay considers the duties and responsibilities of judges: independence, excusing and disqualification of judges, focusing on how important these facts are to the correct development of their work.

In sum, the study has the intention to bring up a complete overview of the judges performance according to the Statute of the ICC, their purposes, and their role on the persecution of a brand new concept of International Criminal Law on a contemporary globalized and transnational society where as it was said, atrocities, whether or not linked to armed conflicts, are more and more the order of the day. A final conclusion and a critical analysis will add a subjective and trenchant point to the essay.

2. Organs of the Court

For the elaboration of the Rome Statute, it is important to point out that there was a Preparatory Commission regarding the Rules of Procedure and Evidence, which are a necessary instrument for the application of the Statute of the ICC, avoiding the reiteration of those rules in the Statute. According to the Secretary-General (1993, para. 69), the components of the permanent Court were dictated by functional necessity and the basic requirements of justice.

In respect of the article 34 of the Statute, the Court is composed by the Presidency, three chambers: a Pre-Trial Division, a Trial Division and an Appeals Division; the Office of the Prosecutor and the Registry. The organizational structure of the Court was considerably advanced by the experience of the ICTY and ICTR, which had worked under a similar organizational composition; but there are two important differences respect to the ICTY and ICTR Statutes: the ICC has a Presidency [according to Abtahi and Young[1], while those previous tribunals do contain a section entitled "The Presidency", they do not establish a "Presidency" as body, but they merely contained the provisions relating to the election and functions] and a new chamber: the Pre-Trial Division. Article 34 also follows the example of the *ad hoc* Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda in not catering for a standing office of Defence Counsel[2]. However, due to the limited extension of this paper, the Office of the Prosecutor and the Registry will only be mentioned.

2.1 The Presidency

As it was said, the inclusion of the Presidency as one of the organs of the Court, in accordance with article 34, represents a departure from the precedents of the *ad hoc* and hybrid supranational criminal jurisdictions.[3] It is important to point out that the Presidency of the ICC, in sum, is a governmental organ that does not have any jurisdictional power[4]. Nevertheless, it is an important pillar in the structure of the Court, which

[1] *Abtahi, H. & Young, R. (2010). "Article 38. The Presidency". In Schabas, W. (ed.). The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute. Oxford: Oxford University Press, p. 123 y ss.*
[2] *Khan, K.A.A. (2010). "Organs of the Court". In Schabas, W. (ed.). The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute. Oxford: Oxford University Press, p. 1200.*
[3] Íbid.
[4] Cabezudo Rodríguez, N. (2002). Colección de Estudios Penales. Madrid: Dykinson, v. IV.

safeguards the interests of the protection of humanity and its rights.

This new organ is regulated in article 38 of the Rome Statue, and according to the third paragraph, the President, together with the First and Second Vice-Presidents, constitute the Presidency, which shall be responsible for two questions: First of all "the proper administration of the Court, with the exception of the Office of the Prosecutor"[5]. Secondly, a general rule: "the other functions conferred upon it in accordance with this Statute".

Sections 1 and 2 of article 38 specify that the Presidency of the ICC is composed by a President, a First Vice-President, who shall act in place of the President in the event that the President is unavailable or disqualified; and likewise, a Second Vice-President, who will act when the President and the First Vice-President, both, are unavailable or disqualified. All of them shall be elected by an absolute majority of the judges, and they shall each serve for a term of three years or until the end of their respective terms of office as judges, whichever expires earlier. They shall be eligible for re-election once. Apart from that, judges composing the Presidency shall serve on a full-time basis as soon as they are elected (art. 35.2); moreover, the Presidency may, according to paragraph 3 of the referred article and on the basis of the workload of the Court and in consultation with its members, decide from time to time to what extent the remaining judges shall be required to serve on a full-time basis.[6] Although it is not said in the article 38, the election of the President and the Vice-Presidents will be made by the judges present in the First Plenary Session, which will take place before two months have elapsed since the designation of the judges.

In another vein, the Court operates in the form of an intergovernmental organisation; therefore, the President and the Presidency play an active role in developing and maintaining cooperative relationships between the Court and various external entities. This makes the President the public face of the Court.[7]

According to Schabas,[8] it is possible to consider three different functions of the Presidency. Firstly, the general cooperation and external relations (with the United Nations, according to article 2 of Rome Statute, and with States, intergovernmental organisations and other applicable entities). Secondly, in performing its judicial functions, the Presidency acts to a very large extent as an administrative tribunal (judicial review of certain decisions of the Registrar) and, to a lesser extent, as a criminal court,[9] firmly grounded in administrative and human rights law. Thirdly, the administrative function of the Presidency may be divided into the oversight of judicial proceeding (facilitating the organisation and work of Chambers and addressing matters relating to ethics and professional conduct) and management, oversight and coordination, with the registry in a specific way (detention related matters, cell monitoring, inspections...) and with the Court in general, through Directives (financial aspects, internal control, risk management...). Apart from these three essential functions, the Presidency also acts in the public information area[10] and it is the pivot of the Court's judicial-generated normative activities[11]. From a personal perspective, one of the most questionable aspects is that, in some con-

[5]In discharging this responsibility, according to article 38.4 of the Rome Statute, the Presidency shall coordinate with and seek the concurrence of the Prosecutor on all matters of mutual concern.
The original paragraph 4 of article 38 proposed by the ILC foresaw the exercise by the Presidency of "pre-trial and other procedural functions", but it has been deleted because of the doubts expressed as to the appropriateness of the Presidency exercising such functions (Abtahi, H. & Young, R., Article 38. The Presidency, p. 1238).

[6]In September 2003, the then-President of the Court, Philippe Kirsch, informed the Assembly of State Parties that it was expected that the judges of the Pre-Trial and Appeals Chambers would be required to sit on a full-time basis from 2004 (Wen-qi, Z. and Chana, S. (2008). "Article 35", in Otto Triffterer (Ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article, Second Edition, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2008, pp. 937-939). By 2006, all three judicial divisions had become fully operational and only two trial judges were serving on a non-full time basis (Proposed Programme Budget for 2007 of the International Criminal Court).

[7] Abtahi, H. & Young, R., Article 38. The Presidency, p. 1239.

[8] Schabas, W. (2010). The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute. Oxford: Oxford University Press.

[9] The Presidency may extend the sentence of imprisonment of a convicted person who has continuously and wilfully refuse to pay the fine imposed on him/her (Rule 146 para. 5 and 6 of the Rules and regulation 118 of the Regulations of the Court ICC-BD/01-01-04)

[10]The Presidency decides, in consultation with the Prosecutor and/or the Registrar, which documents should be published in the Official Journal of the Court (Regulation 7 para. 1(n) of the Regulations of the Court ICC-BD/01-01-04), and it can also decide to publish on the website of the Court material additional to those enumerated in the Regulations of the Court (Regulation 8 para. (d) of the Regulations of the Court ICC-BD/01-01-04). It also establish the calendar of proceedings (Regulation 36 para. 1 of the Regulations of the Registry ICC-BD/03-01-06-Rev.1).

[11] Pursuant to the Roadmap to Expedite the Criminal Process that was endorsed by the ASP in 2012, the Working Group on Lessons Learnt of the judges, as chaired by a member of the Presidency, identifies amendment clusters within the Rules which may enhance the efficiency of court proceedings (ICC-ASP/11/Res.8). The "Revised Roadmap" was endorsed by the ASP on 27/11/2013, ICC-ASP/12/Res.8.

texts (urgent cases), the Presidency may proprio motu submit proposals directly to the plenary of the judges, thus bypassing the Advisory Committee on Legal Texts (ACLT)[12]. In this vein, there is a well-known legal gap in relation with what "urgent cases" mean, because the only definition given to these situations is "where the Rules do not provide for a specific situation before the Court".[13] Furthermore, it is important to consider the binding effect that these proposals have, given the importance of the Presidency for judges. Although a great diligence of the Presidency it is presumed, it would be necessary to study case by case the sobriquet of "urgent" the trials could have in a more consensual way, so that this prerogative of the president is reduced.

2.2 Chambers

Article 39.1 of the Rome Statute establishes that, as soon as possible after the election of the judges, the Court "shall organize itself into the divisions specified in article 34, paragraph (b)", that is, a Pre-Trial Division (composed of not less than six judges), a Trial Division (of not less than six judges), and an Appeals Division (of the President and four other judges). Being more specific, the Rome Statue affirms in the second paragraph of the same article that the Appeals Chamber shall be composed of all the judges of the Appeals Division, while the functions of the Trial Chamber shall be carried out by three judges of the Trial Division and the functions of the Pre-Trial Chamber shall be carried out either by three judges of the Pre-Trial Division or by a single judge of that division in accordance with this Statute and the Rules of Procedure and Evidence. In any case, anything shall preclude the simultaneous constitution of more than one Trial Chamber or Pre-Trial Chamber when the efficient management of the Court's workload so requires (art. 39.2.c)).

According to the Rome Statute (art. 39.1), the assignment of judges to divisions is based "on the nature of the functions to be performed by each division and the qualifications and experience of the judges elected to the Court, in such a way that each division shall contain an appropriate combination of expertise in criminal law and procedure and in international law". It is recalled that, as it will be analysed in the next section of this essay, under Article 36, judges are elected on "lists" in line with their expertise.

The Rome Statue does not state who is to conduct the assignment of judge to divisions, therefore, it is necessary to analyse the Rules of Procedure and Evidence to resolve the issue[14]. Rule 4bis provides that the Presidency shall, after consultation with the judges, decide on the assignment of judges to divisions in accordance with the mentioned article 39.1. Considering that "the Trial and Pre-Trial Divisions shall be composed predominantly of judges with criminal trial experience" (art. 39.1 Rome Statute) it is logical to assume that the Appeals Chamber should be composed mostly of lawyers specialised in humanitarian law and human rights. [15] [16]

Regarding the judicial functions of the Court, art. 39.2.a) confirm that they shall be carried out in each division by Chambers, and in order to give additional flexibility to the Court and to avoid difficulties in administration, that rule may be amended by the Assembly of States Parties at any time.[17]

The Pre-Trial Chamber should supervise the Prosecutor and collaborate with him/her during the investigation of crimes under the jurisdiction of the ICC[18]. This is an important difference with the ICTY and the ICTR, in which on receipt of an indictment for review from the Prosecutor, the Registrar consults with the President and the President refers the matter to the Bureau, which makes a review of indictment[19]. The judges of the Trial Chamber are competent for the prosecution of the criminal acts typified in the Statute, as well as to confirm the charges in the Pre-trial stage. The Trial stage must ends with a conviction or an acquittal in the sentence and with reparation procee-

[12]Regulations 5.2 and 6.2 of the Regulations of the Court ICC-BD/01-01-04.

[13]Another difficult situation was produced during the preparatory works, when one of the proposed functions of the Presidency was to determine whether the Prosecutor or Deputy Prosecutor should be disqualified on the basis of their prior involvement with a case or any other ground relating to their independence. It finally was as rejected by delegates at the Rome Conference because it was felt that such a power might risk the Presidency wielding excessive influence over the Office of the Prosecutor (Rwelamira, M. R. (1999). "Composition and Administration of the Court". In Lee R. S. (ed.), The Making of the Rome Statute, The Hague: Kluwer Law International.).

[14]Abtahi, H. & Young, R., Article 38. The Presidency, p. 12. Until December 2011 this issue was an important problem. At various stages of the drafting process, a number of different options were expressed in that regard (assignment by the Presidency: ICL Draft of 1994; election by the Court: Preparatory Committee of 1996; choice by lot: French idea).

[15] McDermott, Y. (2016). ICC Commentary. ICC Case Matrix Network.

[16] Analysing the biography and the curriculum of each of the judges (ICC, 2018), it is very feasible to affirm that, with very few exceptions, in practice, the composition of the chambers is in accordance with the above; notwithstanding, the members of the Appeals Chamber have a training in criminal law as extensive as in humanitarian law and human rights.

[17] McDermott, Y. (2016). ICC Commentary. ICC Case Matrix Network.

[18] When the case is initiated at the ex officio request of the Prosecutor, a confirmation by the Pre-Trial Chamber will always have to be made. Moreover, if the Prosecutor, after investigating, decides that the accusation should proceed, she/he will request the Pre-Trial Chamber to issue an arrest warrant.

[19] Rule 28, Rules of procedure and evidence of the ICTY, IT/32/Rev.50.

dings if it is necessary.[20] The so-called Appeals Chamber has functionally attributed the knowledge of the appeals against decisions issued by the Trial and Preliminary Chambers, as well as the review trial. Judges that are assigned to the Appeals Division serve only in that division, but it is possible the temporary attachment of judges from the Trial Division to the Pre-Trial Division or vice versa (art. 39.4).[21] According to art. 106 of the Statute, the enforcement of a sentence of imprisonment shall also be an issue to the supervision of the Court.

Finally, it is important to underline that judges assigned to the Trial and Pre-Trial Divisions shall serve in those divisions for a period of three years, and thereafter until the completion of any case the hearing of which has already commenced in the division concerned. Given that judges are elected for nine-year terms, the provision suggests that judges might possibly be "promoted" from one division to the other during their term of office[22]. On the other hand, judges assigned to the Appeals Division shall serve in that division for their entire term of office (art. 39.3), that is, nine years, and their term may not be extended.

3. Service, term and election of judges.

After the analysis of the organs of the Court, this essay will focus on how the judges are elected and how they perform their functions. Articles 35, 36 and 37 are essential to understand these ideas.

Firstly, according to article 35 of Rome Statute, all judges are elected as full-time members of the Court and are available to serve on that basis from the commencement of their terms of office. Regarding the preparatory works, article 35 reflects the drafters' perception of the ICC as a type of standby ad hoc tribunal, which could be called into action when the need arose[23]. As it was said, the judges composing the Presidency serve on a full-time basis, and the Presidency may decide to what extent the remaining judges shall be required to serve on a full-time basis. In relation with the availability of judges, it is possible to affirm that judges are free to take on other work, but their key priority is to the Court as full-time judges. Therefore, they must make themselves available as soon as the need arises.[24]

There are 18 judges[25] in the Court (art. 36), but the Presidency, acting on behalf of the Court, may propose an increase in the number of judges[26]. These eighteen judges, according to art. 36.3, are chosen from among persons of "high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective States for appointment to the highest judicial offices". One of the most criticized questions by scholars and also by this author regarding the regulation of the judges is the imprecision of the Statutes of ICTY (art. 13), ICTY (art. 12) and SCSL (art. 13) on the qualifications required[27]. To solve this problem, the Rome Statute requires established competence in either relevant fields of international law, such as international humanitarian law and human rights law, or criminal law and procedure, as well as relevant experience, whether as judge, prosecutor, advocate or in other similar capacity, in criminal proceedings; apart from an excellent knowledge of and be fluent in at least one of the working languages of the Court (art. 39.3 b) and c)).

Nominations of candidates for election to the Court may be made by any State Party[28]. Each State Party may put forward one candidate for any given election who must be a national of a State Party. For elections, candidates are divided into two lists: List A for those candidates with experience and competence in crimi-

[20]Salmón Garate and García Saavedra (2000). "Los tribunales internacionales que juzgan individuos: el caso de los tribunales ad-hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como las manifestaciones institucionales de la subjetividad del ser humano", Revista Derecho y Sociedad, Perú, No. 15

[21] This is only possible if the Presidency considers that the efficient management of the Court's workload so requires, provided that under no circumstances shall a judge who has participated in the pre-trial phase of a case be eligible to sit on the Trial Chamber hearing that case. However, following Jones (2002, Composition of the Court), the provisions formally precluding Appeals Chamber judges from mobility were probably unnecessary.

[22] Jones, J. (2002). "Composition of the Court". In Cassese, A. (ed.). The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford: Oxford University Press.

[23] Schabas, W. (2010). The International Criminal Court...

[24]Wen-qi, Z. and Chana, S. (2008), Article 35, pp. 937-939.

[25]During the negotiations there was apparently some debate as to whether 17 or 19 judges would be most appropriate (Schabas, W. (2010). The International Criminal Court...). The agreed figure of 18 judges represents a compromise in this regard (McDermott, Y. (2016). ICC Commentary).

[26] In order to increase the number of judges, the Presidency should indicate the reasons why this is considered necessary and appropriate, and the Registrar shall circulate the proposal to all States Parties, which will consider it in a meeting of the Assembly of States Parties. The proposal shall be considered adopted if approved by a vote of two thirds of the members of the Assembly of States Parties. The election of the additional judges shall take place at the next session of the Assembly of States Parties. On the other hand, if the workload of the Court justifies it, the Presidency can propose a reduction in the number of judges, but respecting the minimal number of eighteen. In the event that the proposal is adopted, the number of judges shall be progressively decreased as the terms of office of serving judges expire, until the necessary number has been reached (art. 36.2).

[27] Safferling, C. (2012). International Criminal Procedure, Oxford University Press.

[28] It shall be made either by the procedure for the nomination of candidates for appointment to the highest judicial offices in the State in question or by the procedure provided for the nomination of candidates for the International Court of Justice in the Statute of that Court (art. 39.4).

nal law and procedure, and List B for those candidates nominated on the basis of their expertise in international law[29]. At least nine candidates from List A will be elected, and at least five candidates will be elected from List B, and future elections are to maintain that proportion of expertise in criminal and international law (art. 39.5). Moreover, States Parties shall also take into account the need to include judges with legal expertise on specific issues such as violence against women or children (art. 39.8.b)). The judges are elected by secret ballot at a meeting of the Assembly of States Parties, and successful candidates are those who have received the highest number of votes, provided that two-thirds majority of the States Parties present and voting (art. 39.6), but no two judges may be nationals of the same State. Furthermore, States Parties shall take into account the need for the representation of the principal legal systems of the world, an equitable geographical representation and a fair representation of female and male judges (art. 39.8 a)). Due to this last issue, the ICC has been described as a "gender-sensitive court"[30]. This is a necessary advance if we compare the situation with the ICTY and ICTR, where never more than 3 women together have served between the 14 permanent judges in the ad hoc tribunals. Apart from that, only one woman has served as judge at the International Court of Justice since its establishment.[31]

According to article 39.3 of Rome Statute and as it was advanced before, judges hold office for a term of nine years[32] and shall not be eligible for re-election.[33] Notwithstanding, a judge assigned to a Trial or Appeals Chamber shall continue in office to complete any trial or appeal the hearing of which has already commenced before that Chamber.[34]
In the event of a vacancy, an election shall be held with the same procedure to fill the vacancy. A judge elected to fill a vacancy shall serve for the remainder of the predecessor's term and, if that period is three years or less, shall be eligible for re-election for a full term (art. 37). The main controversies in drafting this provision were whether the replacement judge's qualifications should match those of his/her predecessor, and the question of eligibility for re-election.[35]

4. Duties and responsibilities of the judges

The most important issue in relation with the functions of the judges is that they shall be independent in their performances (art. 40.1). Judicial independence requires the judges to be free when exercising their functions from third parties. This obligation is incumbent particularly on States, whether their nationals be accused, victims, witnesses or judges.[36]

One issue that has emerged in opinion of some authors is that judges, particularly those who sit on the Presidency, have a role in the external relations of the Court and are frequently asked to give speeches on the work of the Court.[37] This might affect the confidence in their independence and impartiality, and as art. 40.2 explains: "Judges shall not engage in any activity which is likely to interfere with their judicial functions or to affect confidence in their independence". However, from my perspective, this alleged problem is not given in practice, because judges cannot talk about the content of the issues they are dealing with in these conferences.

An original proposal that a judge could not sit on a case where the accused bears the same nationality as her/him was dropped during the drafting of the Rome Statute.[38] Another proposal that the Presidency would be responsible for deciding questions of judicial independence was also replaced with the current arrangements under Article 40.4.[39] In order to maintain the independence and impartiality, a judge can

[29] If candidates are potentially eligible for inclusion on both lists, it will be for the candidates themselves to decide which list they wish to be included on.
[30]Oosterveld, V. (2005). "Prosecution of Gender-Based Crimes in International Law", in Mazurana, D. (ed.), Gender, Conflict and Peacekeeping, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers Inc.
[31] Lawyers Committee for Human Rights (2002). Nominación de Magistrados para la CPI, p. 4.
[32] At the first election, one third of the judges elected was selected by lot to serve for a term of three years; one third of the judges elected was selected by lot to serve for a term of six years; and the remainder served for a term of nine years (art. 36.9.b).
[33] The only exception to this rule is where a judge was elected for a three-year term under the transitional arrangements for the first set of elected judges of the Court, and where a judge has been elected to fill a judicial vacancy and the remainder of the predecessor's term is less than three years (McDermott, Y. (2016). ICC Commentary).
[34] This was the situation of Judge Blattmann, for example, who was elected in 2003 for a period of six years, but he was permitted to remain sitting as a judge until 2012, when the Lubanga case ended.
[35] Schabas, W. (2010). The International Criminal Court... The International Law Commission had initially proposed that where the predecessor's term was five years or less, the replacement judge should be eligible for re-election, but this was reduced to three years.
[36] Prosecutor v. Norman, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Appeals Chamber of SCSL. 13/03/2004. See also Prosecutor v. Kanyabashi, Case No. ICTR-96-15-A, para. 35, Appeals Chamber of ICTR. 03/06/1999.
To see the difference between "independence" and "impartiality" (which is generally regarded as the judicial characteristic of disinterest towards parties and their causes), see Prosecutor v. Barayagwiza, Case No. ICTR-97-19-AR72, para. 34, Appeals Chamber of ICTR, 31-03-2000. In all cases, these two concepts remain closely inter-related, according to The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06/2138-AnxIII, pp. 6-7. 14/07/2009.
[37] Cryer, R. (2009). "The International Criminal Court and its Relationship to Non-Party States" in Stahn, C. and Göran, S. (eds.). The Emerging Practice of the International Criminal Court, Leiden: Nijhoff Publishers.
[38] See Prosecutor v. Banda and Jerbo, ICC-01/05-03/09. 05/06/2012.
[39]Jones, J. (2002). Composition of the Court.
[40] If, inter alia, that judge has previously been involved in any capacity in that case before the Court or in a related criminal case at the national level involving the person being investigated or prosecuted. According to the rule 34 of Rules of Procedure and Evidence, the Prosecutor or the person being investigated or prosecuted may request the disqualification of a judge.

even be disqualified from a case in some circumstances[40] (art. 41.2), but it shall be decided by an absolute majority of the judges. In that case, the challenged judge shall be entitled to present his or her comments on the matter, but shall not take part in the decision (art. 41.2 c)).

The second main duty of judges, according to art. 40.3, as it was anticipated, is that judges required to serve on a full-time basis shall not engage in any other occupation of a professional nature (part-time teaching and writing were considered acceptable activities for that purpose in the Prep Com discussions).[41] Originally, the ILC suggested that any question about these activities must be decided by the Presidency (Draft Statute, p. 13), but nowadays it just shall be approved by an absolute majority of the judges, and if such question concerns an individual judge, that judge cannot take part in the decision. (art. 40.4).

5. Conclusion and final remarks

The purpose pursued by the ICC with its organization, regarding the judges, is to fight against impunity through the investigation and condemnation of serious international crimes committed around the world. Through this essay, we have overviewed the main issues in relation with the organs of the ICC, as well as the election and functions of judges, their obligations and responsibilities and how all this regulation affect to their work.

Although we have analysed several contradictions and improvable aspects regarding the regime and organization of organs and judges, the necessary function of the ICC must be highlighted. In any case, advances are required in areas such as the elimination of male chauvinism in the access to the position of judge, the avoidance of conflicts of judges' interests and the protection against corruption, which, despite what is stated in article 40, is still an important legal gap, as well as improvements in aspects as important as the volume and judges' speed of work or the election of judges in an objective manner and not depending on the interests of States. Likewise, an equitable representation of territories when choosing is needed. Finally, from my personal perspective, more support (institutional and citizen) to the ICC is needed, as well as hope (derived from the successes that the ICC has to reap) in that no crime will go unpunished. Honouring David Luban[42], some clichés run through my mind analysing the future of the ICC: *"Rumours of my demise are greatly exaggerated". "Stay the course!"*

6. List of references

Literature:

- Abtahi, H. & Young, R. (2010). "Article 38. The Presidency". In Schabas, W. (ed.). The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute. Oxford: Oxford University Press.

- Cabezudo Rodríguez, N. (2002). Colección de Estudios Penales. Madrid: Dykinson, v. IV.

- Cassese, A. (2008). International Criminal Law, Oxford: Oxford University Press.

- Cryer, R. (2009). "The International Criminal Court and its Relationship to Non-Party States" in Stahn, C. and Göran, S. (eds.). The Emerging Practice of the International Criminal Court, Leiden: Nijhoff Publishers.

- ICC (2018). Who's who. Online (viewed 15/04/2018): https://www.icc-cpi.int/about/judicial-divisions/biographies/Pages/default.aspx#

- Jones, J. (2002). "Composition of the Court". In Cassese, A. (ed.). The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford: Oxford University Press.

- Khan, K.A.A. (2010). "Organs of the Court". In Schabas, W. (ed.). The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute. Oxford: Oxford University Press.

- Lawyers Committee for Human Rights (2002). Nominación de Magistrados para la CPI. Online (viewed 06/11/2017): http://icc-now.org/documents/LCHR_esp.pdf

- Luban, D. (2013). "After the Honeymoon: Reflections on the Current State of International Criminal Justice", Journal of International Criminal Justice, Vol. 11, Issue 3. Oxford: Oxford University Press.

- McDermott, Y. (2016). ICC Commentary. ICC Case Matrix Network. Online (viewed 15/02/2017): https://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-com-

[40] If, inter alia, that judge has previously been involved in any capacity in that case before the Court or in a related criminal case at the national level involving the person being investigated or prosecuted. According to the rule 34 of Rules of Procedure and Evidence, the Prosecutor or the person being investigated or prosecuted may request the disqualification of a judge.

[41] On the other hand, see Prosecutor v. Kony, ICC-02/04-01/05-124. 31/10/2006. Decision on the Prosecutor's request to separate the Senior Legal Adviser to the Pre-Trial Division from rendering legal advice regarding the case.

[42] Luban, D. (2013). "After the Honeymoon: Reflections on the Current State of International Criminal Justice", Journal of International Criminal Justice, Vol. 11, Issue 3. Oxford: Oxford University Press, pp. 514-515.

mentary-clicc/rome-statute/

- United Nations, Official Records of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. III. (Part Two). Rome, 15 June to 17 July 1998.

- Oosterveld, V. (2005). "Prosecution of Gender-Based Crimes in International Law", in Mazurana, D. (ed.), Gender, Conflict and Peacekeeping, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers Inc.

- Safferling, C. (2012). International Criminal Procedure, Oxford: Oxford University Press.

- Salmón Garate and García Saavedra (2000). "Los tribunales internacionales que juzgan individuos: el caso de los tribunales ad-hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como las manifestaciones institucionales de la subjetividad del ser humano", Revista Derecho y Sociedad, Perú, No. 15.

- Rwelamira, M. R. (1999). "Composition and Administration of the Court". In Lee R. S. (ed.), The Making of the Rome Statute, The Hague: Kluwer Law International.

- Schabas, W. (2010). The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute. Oxford: Oxford University Press.

- Wen-qi, Z. and Chana, S. (2008). "Article 35", in Otto Triffterer (Ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article, Second Edition, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2008, pp. 937-939.

Official documents and resolutions:

- Draft Statute for an International Criminal Court: Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II (Part Two). Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session.

- Proposed Programme Budget for 2007 of the International Criminal Court: ICC-ASP/5/9/Corr.2, Assembly of States Parties, 5th Session, 22 August 2006.

- Regulations of the International Criminal Court: ICC-BD/01-01-04.

- Regulations of the Registry: ICC-BD/03-01-06-Rev.1

- Revised "road map" to expedite the Criminal Process: ASP, ICC-ASP/12/Res.

- Rules of procedure and evidence of the ICTY: IT/32/Rev.50.

- Secretary-General (1993). Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council: Res. 808 (1993), UN Doc. No. S/25704 and Add.1 (1993).

- Statute of the International Criminal Court (Rome Statute): A/CONF.183/9, 17 July 1998.

- Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: UN Doc. S/RES/827 (1993).

- Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda: UN Doc. S/RES/955 (1994).

Case Law:

ICC:

- Prosecutor v. Kony, ICC-02/04-01/05-124. 31/10/2006.

- Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01*06/2138-AnxIII. 14/07/2009.

- Prosecutor v. Banda and Jerbo, ICC-01/05-03/09. 05/06/2012.

ICTR:

- Prosecutor v. Kanyabashi, Case No. ICTR-96-15-A, para. 35, Appeals Chamber of ICTR, 03/06/1999.

- Prosecutor v. Barayagwiza, Case No. ICTR-97-19-AR72, para. 34, Appeals Chamber of ICTR, 31-03-2000.

SCSL:

- Prosecutor v. Norman, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Appeals Chamber of SCSL, 13/03/2004.

DERECHO CIVIL

La adopción de medidas cautelares en el proceso civil y la asistencia jurídica gratuita

José Manuel Pastor Álvarez | Universidad de Deusto

RESUMEN: El presente artículo es un breve estudio sobre un tema que se ha tocado poco en la doctrina española: cómo puede solventarse la falta de capacidad económica a la hora de prestar la caución necesaria para la adopción de medidas cautelares dentro de un proceso civil, y el modo en que la asistencia jurídica gratuita debería hacerse cargo de ella. En primera instancia se han estudiado los fundamentos de la asistencia jurídica gratuita a modo de introducción; a continuación, se ha presentado la colisión de ésta con los fundamentos de la caución en las medidas cautelares; finalmente, se han presentado y criticado algunas de las alternativas propuestas por diversos autores españoles, eligiendo entre ellas la más adecuada a día de hoy para solventar la problemática.

Palabras Clave: medidas cautelares, proceso civil, caución, asistencia jurídica gratuita, crítica, soluciones.

ABSTRACT: The following article is a brief study about a topic which has not been much addressed in Spanish doctrine: how the lack of economic capacity can be eased when talking about the guarantee needed to take precautionary measures in the civil process, and how free legal assistance should take care of it. In the first instance, we have studied the basis of the free legal assistance; then, the clash between it and the basis of the guarantee in preventative measurements has been introduced; finally, we have presented and criticized some of the alternatives proposed by several Spanish authors, choosing between them the most adequate for solving the problem.

Key Words: precautionary measures, civil process, guarantee, free legal assistance, critic, solutions.

Abreviaturas

CE	Constitución Española
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
LAJG	Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

Recepción: 29.11.2017 Aceptación: 19.04.2018

1. A modo de introducción: los fundamentos de la asistencia jurídica gratuita

Para poder plantear con corrección la pregunta que constituye el objeto de este comentario —¿Debe incluirse el pago de la caución para adoptar medidas cautelares dentro de la asistencia jurídica gratuita?— se debe acudir a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Esta ley es la materialización del artículo 119 de la Constitución Española, que remite al desarrollo legal de la gratuidad de la justicia. En su exposición de motivos se encuentra el gran pilar de esta institución: el carácter asistencial del Estado Democrático de Derecho, representado en el artículo 24 de la CE.

En efecto, en el apartado 1 del artículo 24 CE se encuentra la tutela judicial efectiva. Ésta se trata, tal y como señala la doctrina constitucional, de un "derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio",[1] aunque en realidad constituye un derecho que no es directamente oponible desde la Constitución; se trata de un derecho de prestación que únicamente es posible ejercerlo por los cauces creados por el legislador *ad hoc*.[2]

Continuando con los fundamentos, el apartado 2 del mencionado artículo establece que "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías [...]." Del tenor de estas normas se extrae que toda persona debería poder ser capaz de litigar para hacer valer sus derechos, sin importar su situación económica. Sin embargo, una parte de la doctrina considera que la caución también cumple una función sociológica, ya que crea una mayor responsabilidad de las partes ante el ejercicio de unas concretas facultades en el proceso que la ley les brinda.[3]

A modo de conclusión, de estos fundamentos mentados en la exposición de motivos de la LAJG se extrae la voluntad del legislador de eliminar los obstáculos y dificultades que impiden que las personas que carecen de recursos puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita.

Dentro del ámbito personal de aplicación de la LAJG, se puede apreciar que su paraguas es universal, ya que abarca a toda aquella persona que esté en necesidad de litigar ante un tribunal español. Existe una numerosa y muy ilustrativa jurisprudencia respecto de esta amplia protección, como es la STS 3º de 17 de junio de 2013 (nº rec. 4353/2012), en la que se le concede la asistencia a un extranjero solicitante de asilo en España.

Los requisitos que ha de reunir una persona para poder acceder a la justicia gratuita se encuentran en el artículo 3 de la LAJG:

- Es necesario que la persona no supere entre dos y cinco veces el IPREM[4], en función de si está o no integrada en la unidad familiar y de los miembros que haya en ésta. En lo que se refiere a las personas jurídicas, su resultado contable del cómputo anual no podrá superar el triple del IPREM.

- Es necesario que la persona litigue por intereses y derechos propios; en caso de que sea un representante, los requisitos se aplican al representado.

El IPREM está establecido para este año 2017 en la cantidad anual de 6.454,03 euros[5]. Se trata pues de una cantidad de dinero tal que hace suponer que la persona que no sea capaz de superarla dos veces —12.908,06—, tampoco será capaz de hacerse cargo de las costas derivadas de un proceso judicial, lo cual puede llevarla a no litigar. Esto vulneraría la tutela judicial efectiva, y por ello existe la asistencia jurídica gratuita. Antes de poder analizar la situación objetivamente y fundar correctamente el comentario, se va a proceder a estudiar el contenido de la asistencia jurídica gratuita.

2. Colisión con la prestación de caución en las medidas cautelares

Las circunstancias que ampara la LAJG están contenidas en el artículo 6 de la LAJG. Sin embargo, hay un gasto que puede devenir fundamental en el proceso que no viene cubierto por la asistencia jurídica gratuita: se trata de la caución que debe prestarse para responder de forma rápida y efectiva a lo daños y perjuicios que puede causar la adopción de la medida cautelar al patrimonio del demandado.

En efecto, uno de los requisitos para que se puedan adoptar las medidas cautelares es la prestación de caución suficiente. Este requisito viene recogido en el artículo 728 LEC, y la única excepción a la prestación de caución son "los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios". Resulta muy interesante, en palabras de ORTEGO PÉREZ, que "el legislador parece olvidar pronto aquellas palabras del preámbulo de la vigente LEC sobre el binomio de economía y proceso, como lo demuestra la manera con la que en ocasiones traduce el interés del justiciable a términos simple y llanamente pecuniarios."[6]

[1] STC 2º de 14 de agosto de 1985, nº rec 824/1984
[2] STC 2º de 5 de noviembre de 1985, nº rec 14/1985
[3] Lluís Caballol Angelats, La ejecución provisional en el proceso civil, J.M. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 211
[4] Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
[5] Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. Disposición adicional centésima séptima.
[6] Francisco Ortego Pérez, La caución procesal y su exigencia en supuestos concretos de la ejecución forzosa, 2012

Esta situación, pues, hace pensar en varios supuestos que pueden llegar a producirse. Por ejemplo, póngase que A es una persona física de cierta fama que percibe unos ingresos de 6.000 euros anuales, no superando así el doble del IPREM, y que tampoco posee apariencia de tener patrimonio para poder cubrir los gastos del proceso. A es, pues, apto para ser beneficiario de la asistencia jurídica gratuita. En este sentido, B toma unas fotos privadas de A para luego publicarlas en una revista muy conocida del país.

En este supuesto existe periculum in mora, ya que por la dilación del proceso se pueden llegar a causar mayores daños. También existe fumus boni iuris o la apariencia de buen derecho, es decir, que aparentemente quien tiene mejor derecho es A. Se debe añadir a estos requisitos un tercero, que es la prestación de caución suficiente para hacer frente a los posibles daños y perjuicios que pueden causarse a B.

En efecto. se dan todos los requisitos que pide la ley para que se pueda otorgar una medida cautelar.[7] La posible medida cautelar consistiría en que no se publicase el próximo número de la revista, pues contiene las fotografías que causarían daño a A. Sin embargo, no existe ninguna razón por la cual se exima a A de pagar esa caución, la cual, además, no está cubierta por la asistencia jurídica gratuita. Por ello, A se encontraría en una situación en la que se va a ver perjudicado: al no poder prestar caución suficiente no se va a poder aplicar la medida cautelar, por lo que se va a causar un mayor perjuicio a A. ¿Qué soluciones se pueden dar a esta situación que aparentemente choca con los artículos 14 y 24 CE? O, en las acertadas palabras de Marín Pageo, "¿Debe primarse la efectividad de la ejecución de la sentencia futura, sobre la protección al respeto de los bienes y derechos del demandado y, en consecuencia, adoptarse una medida cautelar sin caución en los casos en que el demandante no tenga capacidad económica suficiente?"[8].

2. 1 Aplicación analógica del artículo 6.5 LAJG

En primer lugar, parece surgir una solución doctrinal en la aplicación analógica del artículo 6.5 LAJG, el cual establece que se exime el pago de los depósitos necesarios para la interposición de recursos; sin embargo, no existe razón lógica alguna para aplicarlo, ya que en realidad la prestación de la caución tiene un fundamento distinto del depósito para interponer un recurso. Los depósitos para interponer un recurso tienen como fundamento evitar que se recurra sin fundamento y únicamente con un ánimo dilatorio del proceso, mientras que la caución tiene su razón de ser en la compensación por los posibles daños y perjuicios que pudieran causarse al demandado en caso de no ser estimada la demanda: se abriría la posibilidad a los abusos legales por parte de una persona que pide la ejecución de una medida cautelar. Una parte de la doctrina, como es Pérez Daudí, considera que "eximir a la parte actora de pagar la caución sería una expropiación del derecho del demandado a la indemnización por daños y perjuicios causados."[9]

Respecto al tema de los abusos del ordenamiento jurídico —y es que una medida cautelar que no exija caución puede promover las acciones dilatorias de la parte actora en el proceso, ya que serían gratuitas, sin ningún tipo de perjuicio para ésta—, también es cierto que únicamente se está eliminando uno de los tres criterios según los cuales el juez ha de ejecutar la medida. Con esto se quiere decir que, en el supuesto práctico de la publicación de fotografías íntimas, el juez puede efectivamente apreciar la apariencia de buen derecho en A, además de apreciar el peligro en la dilación del proceso civil. No por no ser capaz de prestar la caución se debería desatender los dos criterios restantes y menos en una situación donde son tan claros como en ésta —si bien es cierto que el mundo del derecho no es habitualmente tan claro como en esta ocasión—: es una cuestión que se va a resolver en el siguiente apartado.

Existen precedentes de conductas llevadas a cabo en juicio, como es el caso que figura en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1987 —nº rec. 354/1987—: en ella, el actor reclamaba una serie de bienes inmuebles, solicitando además la anotación preventiva en el Registro. El juez de primera instancia se la concede, previa prestación de una caución de 25 millones de pesetas. El actor interpone recursos contra la caución esgrimiendo el argumento de que vulnera el artículo 14 CE por serle exigida una caución aun estando dentro del amparo de la justicia gratuita —haciendo la aplicación analógica de la que se ha hablado anteriormente—. Además, aparte de la vulneración del principio de igualdad, el actor mantiene también que no es justo que se le exija una caución de "cuantía excesiva" cuando posee acceso a la justicia gratuita.

Respecto de la vulneración del artículo 14 CE, acierta el Tribunal Constitucional al decir que efectivamente no existe tal, ya que la norma que exige la caución y la norma que exime de abonar los depósitos necesarios para la interposición de un recurso, ya que "prevén situaciones de hecho dispares". Además, "para que pudiera hablarse de esa desigualdad se precisaría, en efecto, aportar el término de comparación y acreditar

[7] Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículo 728.
[8] Encarnación Marín Pageo, Notas en torno a la contracautela en el proceso civil como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el art. 14 de la Constitución.
[9] Vicente Pérez Daudí, La asistencia jurídica gratuita y las medidas cautelares en el proceso civil.

en qué casos se ha aplicado la norma en cuestión de modo distinto o contrario, con resultado discriminatorio, y por el mismo Juez o Tribunal, según reiteradísima doctrina del TC".[10] En lo que respecta al último argumento esgrimido por el actor, muy acertadamente el Constitucional concluye que la prestación de la caución no choca con el derecho a la tutela judicial efectiva ni con el derecho a la justicia gratuita, ya que como se ha señalado antes, el fundamento de esta caución es que existen intereses contrapuestos, y el interés legítimo de la parte demandada también tiene que verse protegido para evitar la indefensión.

2.2 Prestación de una caución reducida

La segunda solución propuesta por la doctrina sería la toma en consideración de la capacidad económica del solicitante por parte del juez, de modo que cuantificase una caución más reducida para permitirle solicitar la medida cautelar: de este modo se buscaría lograr una mayor equidad sin impedir al solicitante defender pertinentemente su derecho. Parece una opción razonable, ya que de este modo se logra encontrar una postura intermedia que protege ambos derechos contrapuestos por igual.

Sin embargo, el criterio que debe seguir el juez a la hora de cuantificar la caución es el de los posibles daños y perjuicios que llegarían a causarse, por lo que se estaría beneficiando el derecho de una parte en detrimento de otra: se volvería de este modo al razonamiento del apartado anterior, que no se puede dejar desprotegido el interés de la parte demandada. En última instancia, los derechos de ambos se consideran correlativos: de la misma forma que el demandante puede pedir una medida cautelar en su favor, el demandado puede exigir lo contrario; de esta afirmación tan básica se extrae que el juez no debe dejar de tomar en consideración el derecho y la protección del demandad.

Sin embargo, que el juez deba seguir el criterio de los daños y perjuicios que pueden ocasionarse para cuantificar la caución necesaria abre las puertas a una solución alternativa relacionada con la cautela reducida, para la cual se deben desglosar las medidas cautelares en dos grandes tipos: las medidas cautelares conservativas —esto es, simples inscripciones en el registro— y las anticipativas de los efectos de la sentencia. En el caso de las medidas cautelares conservativas, por lo general, los daños y perjuicios que pueden derivarse serán mínimos; mientras que en el segundo caso serán de muy difícil y elevada cuantificación.

Se trataría de una solución a medias, a caballo entre el mantenimiento del *statu quo* de la institución de la medida cautelar y la mejora de la tutela judicial efectiva dentro del proceso.

2.3 Asunción estatal del pago de la caución

Se trataría de una medida propuesta por algunos autores como Ramos Romeu. A priori es una solución utópica, que asume una postura de marcado carácter estatalista. En la teoría, se dice que el Estado debe prestar la caución necesaria en los casos que no sea posible su aportación por parte del actor por causas económicas, es decir, cuando tenga acceso a la justicia gratuita. ¿Resuelve el problema de la vulneración de los intereses del actor al no poder prestar la caución? ¿Resuelve el problema del conflicto de intereses entre ambas partes? La respuesta a ambas cuestiones, planteadas como centrales, es afirmativa.

La idea sería que la Administración junto con el juez controlasen la concurrencia de los presupuestos necesarios para que pueda aplicarse una medida cautelar. Sin embargo, es de pensar que aparecen varios problemas dentro de esta teoría: para comenzar, no hay duda que los intereses discutidos en el proceso son privados, por lo que no tendría sentido la intervención de la Administración controlando la concurrencia de los presupuestos; por otro lado, se incurriría en una mayor dilación del proceso al tener que contar con el veredicto positivo del órgano administrativo pertinente para proseguir: se aumentaría el nivel de trámites a nivel interno que se deben llevar a cabo, incurriendo en un problema de pura burocracia y retrasando un proceso que se fundamenta en el *periculum in mora*.
.
Sin embargo, y a pesar de que pueda parecer sobrecargar la figura del Estado, es la medida más adecuada para solventar el problema a día de hoy, sin perjuicio de que también tiene determinados errores, y que no es perfecta. Es cierto que esta medida logra apaciguar —en la teoría— los intereses contrapuestos de las partes, pues ni la persona receptora de la asistencia jurídica gratuita debe hacer un desembolso que no tiene capacidad económica de hacer para pedir algo que le es legítimo, por un lado; ni la persona a quienes se le van a aplicar las medidas cautelares verá mermado su derecho de ser restituida en caso de desestimarse la demanda, por el otro..

En cuanto al problema de que el Estado —ente público— deba intervenir en un proceso de carácter privado, no es una problemática real, ya que entra en defensa del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, incluso a una igualdad real entre las partes. Cabe recordar aquí que en realidad no se vulnera el derecho a la igualdad —tal y como admite el TC—, pero aun así es inevitable reconocer que las partes no se encuentran en la misma posición en el procedimiento cuando una de ellas no posee los medios económicos: es una medida que puede implantar el Estado para acabar con los efectos de las desigualdades cuyo origen está en motivos puramente económicos,

[10] STC de 17 de diciembre de 1987, nº rec. 354/1987

sobre todo teniendo en cuenta que el desembolso no sería tan elevado si se considera que sólo intervendrá en supuestos cubiertos por la asistencia jurídica gratuita y que habrá una valoración previa y exhaustiva del *fumus boni iuris*. Es decir, se intentarían evitar los abusos de esta institución mediante un examen *ex ante* de la situación de apariencia jurídica más profundo de lo que ya se hace, sin perjuicio de que además ello sólo se llevará a cabo en supuestos cubiertos por la asistencia jurídica gratuita.

Finalmente, la problemática que surge en tanto a que se fomenta y se perpetúa la burocracia judicial, pudiera solventarse mediante una reforma no prevista por la doctrina, que implicaría una reforma de la LEC en la que se establezcan determinados plazos reducidos —motivados principalmente por el *periculum in mora*— para estas situaciones que plantearían tantos problemas de dilación.

Esta postura es la más acertada en cuanto a derecho y en cuanto a la configuración de un Estado que vele por los intereses de sus ciudadanos.

3. A modo de conclusión

Si bien es cierto que la caución en la asistencia jurídica gratuita es un tema muy poco tratado por la doctrina española, entre la que apenas existen voces discordantes con dicha institución, considero que es un tema de importancia fundamental, ya que toca la igualdad de las partes en un procedimiento —una vez más, recordando que no se trata de la igualdad como derecho fundamental— y la tutela judicial efectiva. En efecto, resulta extraño que tan pocos autores se hayan molestado en criticar o en tratar de mejorar una institución como ésta en casos de deficiencia económica, ya que son supuestos bastante problemáticos. De cualquier modo, de entre todas las soluciones propuestas la más racional —teniendo en cuenta lo que a continuación se dirá— actualmente es la postura estatalista, pues tiende a conciliar todos los intereses de las partes como se ha explicado anteriormente.

Uno de los problemas que existe es el hecho de que pueda perpetuarse la burocracia, de forma y manera que la dilación del proceso acabe jugando en contra del *periculum in mora*. Una de las soluciones que desde aquí se proponen, no prevista por la doctrina ni por la jurisprudencia, es la reforma de la LEC para establecer plazos más reducidos. Además, teniendo en cuenta que los casos donde se ven confrontadas la asistencia jurídica gratuita y la solicitud de medidas cautelares son realmente escasos, no va a existir un exceso de situiaciones en que verdaderamente se copen las labores judiciales con revisiones de las condiciones para conceder la caución estatal.

Sin embargo, y pese a ser considerada la postura más acertada, presenta una gran serie de críticas y de problemas desde el punto de vista político. En efecto, el Estado democrático y de derecho no puede actuar como un prestamista, como un ente que concede créditos a los particulares para hacer frente a determinados gastos que por sí mismos no pueden llevar a cabo. Debe ser un garante de los intereses de los ciudadanos, pero no hasta el punto de que se pueda perjudicar la propia economía, sobrecargando los gastos públicos de esta manera. Se trataría de un problema de política legislativa o de simple política, en el que se debería determinar qué clase de Estado se busca: un estado totalmente garantista con los derechos de sus ciudadanos sin tener en cuenta su capacidad económica, propio de regímenes de economía planificada e intervencionistas; o un estado de corte más democrático-liberal, acorde con el sistema de democracias europeas.

Por todo lo expuesto, se considera que la posición más tendente a garantizar los intereses de todas las partes es la postura estatalista, con las modificaciones que en este comentario se proponen y que difieren de la doctrina.

4. Bibliografía

4.1. Libros

Javier Larena Beldarrain, Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa y otros, “El proceso civil: recursos, ejecución y procesos especiales” en Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa (Ed.) “Las medidas cautelares” (Dykinson, 2016)
Francisco Ramos Romeu, “Las medidas cautelares civiles” en “Ch. 4: La caución cautelar” (Atelier, 2006)
Lluís Caballol Angelats, “La ejecución provisional en el proceso civil” (Bosch, 1993) p. 211

4.1. Artículos doctrinales

Encarnación Marín Pageo, No
tas en torno a la contracautela en el proceso civil como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el art. 14 de la constitución. Diario La Ley, 1988, pág. 855, tomo 3, Editorial LA LEY

Francisco Ortego Pérez, La caución procesal y su exigencia en supuestos concretos de la ejecución forzosa.

Práctica de Tribunales, 2012, núm. 95, p. 6-14
Vicente Pérez Daudí, La asistencia jurídica gratuita y las medidas cautelares en el proceso civil. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-18, tomo 1, Editorial LA LEY

4.3. Legislación

Constitución Española

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. Disposición adicional centésima séptima.

Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

4.4. Jurisprudencia

Sentencia Tribunal Supremo, sala 3° de lo contencioso-administrativo, de 17 de junio de 2013, n° rec. 4353/2012

Sentencia Tribunal Constitucional, sala 2°, de 5 de noviembre de 1985, n° rec 14/1985

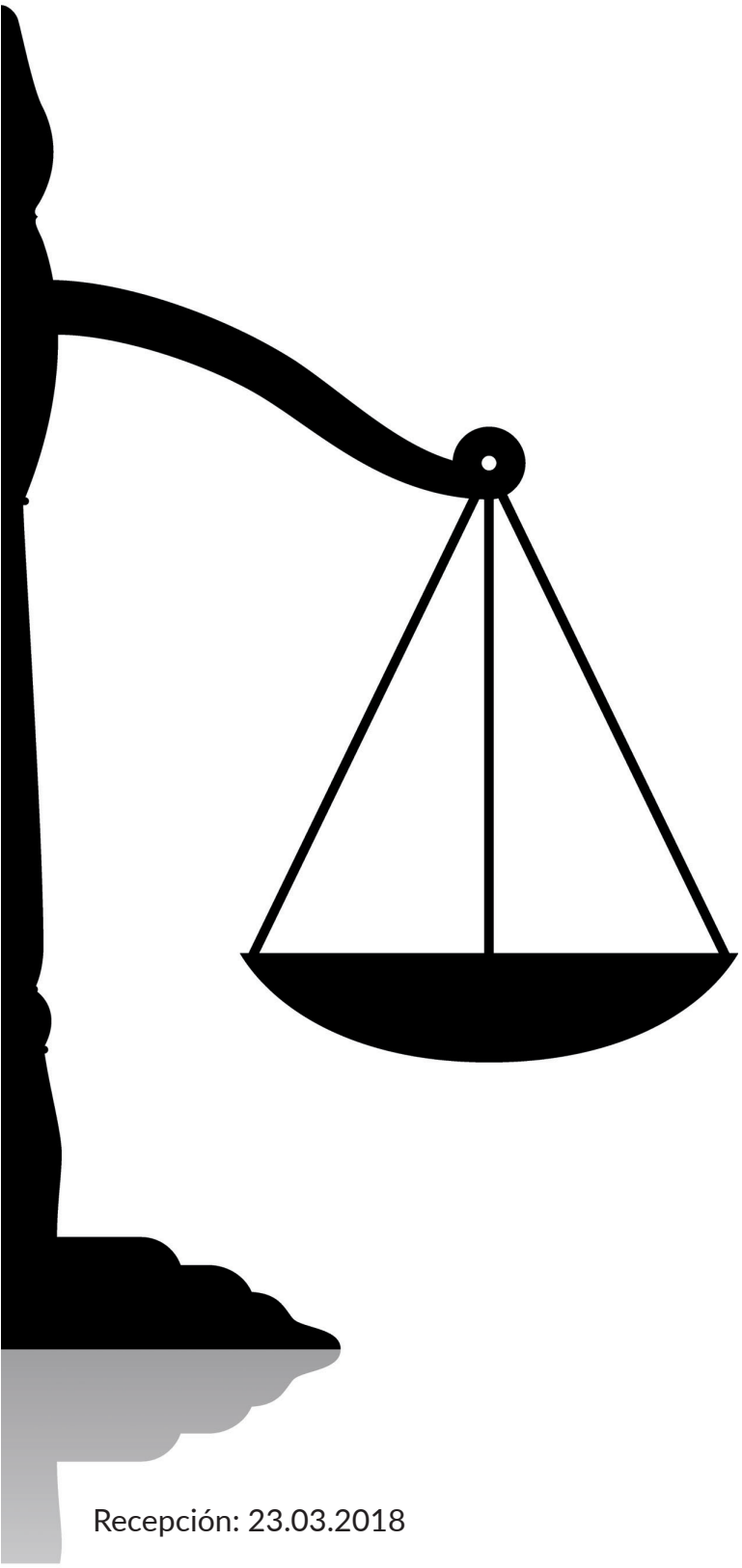
Sentencia Tribunal Constitucional, sala 2°, de 14 de agosto de 1985, n° rec 824/1984

Sentencia Tribunal Constitucional, de 17 de diciembre de 1987, n° rec. 354/1987

Evolución de la situación jurídica de la mujer casada en el ámbito del Derecho Privado

1885-1978

Manel Atserias Luque
Universitat Pompeu Fabra



RESUMEN: El movimiento feminista, en sus distintas perspectivas, ha sido fundamental en la lucha contra el patriarcado. Este sistema de poder limitó la capacidad de obrar de la mujer por medio de dos instituciones jurídico-privadas: la patria potestad y el matrimonio. La Ley 14/1975 y la Constitución Española pusieron fin a una relación de subordinación que carecía de justificación de acuerdo con el Derecho Natural y la Razón.

Palabras Clave: feminismo, patriarcado, matrimonio, igualdad jurídica

ABSTRACT: The feminist movement, in its different perspectives, has been fundamental in the fight against the patriarchy. This system of power limited women's ability to act through two legal-private institutions: parental authority and marriage. The Law No. 14/1975 and the Spanish Constitution put an end to a relationship of subordination that lacked justification in accordance with Natural Law and Reason.

Key Words: feminism, patriarchy, marriage, legal equality

Recepción: 23.03.2018

Aceptación: 22.04.2018

Para todas las mujeres.
Vuestra libertad también es la nuestra.

"El hombre que considera a la mujer como una Alteridad encontrará en ella profundas complicidades. De esta forma, la mujer no se reivindica como sujeto, porque carece de medios concretos para hacerlo, porque vive el vínculo necesario que la ata al hombre sin plantearse una reciprocidad, y porque a menudo se complace en su alteridad".
[Simone de Beauvoir, "El Segundo Sexo", 1949]

1. Introducción

En este trabajo de investigación se analiza cuál ha sido la evolución de la situación jurídica de la mujer casada en el ámbito del Derecho privado español desde finales del siglo XIX hasta la aprobación de la Constitución de 1978.

Teniendo en cuenta que el autor de esta contribución está interesado en los estudios de perspectiva de género, este análisis partirá de la literatura feminista con el fin de demostrar cómo las instituciones jurídicas también quedaron impregnadas de los fundamentos del gobierno patriarcal.

El movimiento feminista, en sus distintas perspectivas[1], ha sido fundamental en la lucha contra el patriarcado[2]. Este sistema de poder limitó la capacidad de obrar de la mujer por medio de dos instituciones jurídico-privadas: la patria potestad y el matrimonio. La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil Español y del Código de Comercio sobre la situación de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges[3] (en adelante, Ley 14/1975) y la Constitución Española pusieron fin a una relación de subordinación que carecía de justificación de acuerdo con el Derecho Natural y la Razón.

En primer lugar, se realizará un análisis jurídico de la redacción originaria del Código de Comercio de 1885[4] y del Código Civil de 1889[5] sobre el ejercicio del comercio por persona casada. En este apartado, se constata cómo la legislación mercantil y civil del siglo XIX no escapó del fenómeno o técnica de política legislativa denominada 'Política Sexual'.

En segundo lugar, se analizarán las modificaciones legislativas producidas tras la aprobación de la Ley 14/1975.

Finalmente, se destaca que más allá del reconocimiento legal de esta igualdad jurídica plasmada en la redacción de la Ley 14/1975, el fenómeno del constitucionalismo ha querido consolidar el citado principio. La Norma Fundamental, en sus artículos 14 y 32, reconoce el principio de igualdad del hombre y la mujer ante la ley (vertiente formal) y la igualdad jurídica de los cónyuges en el seno del matrimonio.

2. La incidencia de la 'Política Sexual' en la esfera jurídico-privada de la mujer casada: análisis jurídico de la redacción originaria de los preceptos del Código de Comercio de 1885 y del Código Civil de 1889 sobre ejercicio del comercio por persona casada

Para determinar cuál ha sido la influencia del fenómeno de la 'Política Sexual' en la esfera jurídico-privada de la mujer casada, regulada tanto en el CC como en el CCom, es fundamental hacer referencia a la definición que propuso Kate Millet sobre el término "política" para demostrar que "el sexo es una categoría social impregnada de política".[6]

La autora amplía el ámbito material del citado concepto, entendiéndolo en consecuencia como un conjunto de estrategias político-jurídicas que tienen como finalidad mantener un sistema de poder determinado, que en este caso es el sistema patriarcal.

Este sistema de poder se caracteriza por una relación de subordinación de mujer respecto al hombre, ya sea éste en condición de paterfamilias o marido. Tal como indicaba Henry Maine en su obra Las Instituciones Primitivas, la mujer era considerada un bien inanimado, por lo que era susceptible de formar parte del tráfico jurídico:

[1] La distinción tradicional ha sido la del feminismo liberal, feminismo radical y feminismo socialista. Sin embargo, esta clasificación tripartita ha cedido el paso a debates como el de igualdad/diferencia o modernidad/postmodernidad).

[2] Kate Millet, Política Sexual: "Si consideramos el gobierno patriarcal como una institución en virtud de la cual una mitad de la población (es decir, las mujeres) se encuentra bajo el control de la otra mitad (los hombres), descubrimos que el patriarcado se apoya sobre dos principios fundamentales: el macho ha de dominar a la hembra y el macho de más edad ha de dominar al más joven." (pág. 70)

[3] «BOE» núm. 107, de 5 de mayo de 1975, páginas 9413 a 9419 (7 págs.) https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1975-9245

[4] Gaceta de Madrid, núm. 289, de 16 de octubre de 1885: https://www.boe.es/boe/dias/1885/10/16/pdfs/A00169-00170.pdf

[5] https://www.boe.es/boe/dias/1889/07/25/pdfs/A00249-00259.pdf

[6] Kate Millet, Política Sexual, Ediciones Cátedra, pág. 68.

"Comoquiera que sea, dondequiera que se la encuentra, presenta siempre el mismo carácter y la misma composición. Este grupo comprende seres animados y seres inanimados: esposa, hijos, esclavos, tierras y bienes muebles (...)".[7]

2.1. La institución del matrimonio como forma de perpetuar el sistema patriarcal en el ámbito mercantil o comercial

De acuerdo con la redacción originaria del artículo 4 del Código de Comercio de 1885 (en adelante, CCom), las personas tenían capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio cuando concurrían tres condiciones: (1º) haber cumplido la edad de 21 años, (2º) no estar sujetas a la potestad del padre o de la madre ni a la autoridad marital y (3º) tener la libre disposición de sus bienes.

La segunda condición suponía que la mujer quedaba, por regla general, bajo la tutela de un hombre, ya fuera el paterfamilias o su marido, para ejercer el comercio. Esta tutela o "relación de dominio y subordinación" (Max Weber) quedaba materializada en dos casos:

Situación 1.- La mujer casada, mayor de 21 años, debía tener autorización de su marido[8] para ejercer el comercio (art. 6 CCom), presumiéndose ésta en aquellos casos en los que la mujer lo ejerciera con el conocimiento de su marido (art. 7 CCom).

Situación 2.- Una vez contrae matrimonio, la mujer que venía ejerciendo el comercio precisaba de una licencia del marido para continuarlo. La concesión de dicha licencia se presumía, salvo que el marido la revocara tácita o expresamente[9] (arts. 8 y 9 CCom).

2.2. La institución del matrimonio como forma de perpetuar el sistema patriarcal en el ámbito civil

Tras el ejercicio preferente de la patria potestad sobre los hijos legítimos no emancipados por parte del padre[10], la institución del matrimonio era el factor que perpetuaba el sistema patriarcal:

– La mujer casada seguía "la condición y nacionalidad de su marido" (art. 22 CC).

– El marido tenía el deber de "proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido" (art. 57 CC).

– La mujer no podía, sin licencia o poder de su marido, "adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley" (art. 61 CC). Si llevaba a cabo alguno de estos actos, éstos serían anulables.

Ahora bien, no se declaraba la anulabilidad cuando los actos de la mujer estuvieran relacionados con cosas que, por su naturaleza, estaban destinadas "al consumo ordinario de la familia" (art. 62 CC).

En definitiva, si la mujer quería ejercer cualquier acto jurídico, no tenía que estar sometida ni a la patria potestad ni a la autoridad marital. De este modo, la limitación de la capacidad de obrar de la mujer en la esfera jurídico-privada (autorización o licencia) provenía de la regulación de la patria potestad y del matrimonio.

3. Evolución de la situación jurídica de la mujer en el ámbito del Derecho Civil y Derecho Mercantil: la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges.

Para explicar la evolución de la situación jurídica de la mujer española en el CC y en el CCom es imprescindible hacer referencia por un lado a la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadanía[11], redactada en 1791 por Olympe de Gouges para ser decretada por la Asamblea nacional francesa; y, por otro lado, los Movimientos de Liberación de la Mujer.

3.1. La Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadanía

La Declaración de 1791 es el primer texto político-jurídico del continente europeo que reivindica la igualdad de derechos y libertades entre hombre y mujer[13]. Este documento denuncia que los límites o restricciones impuestos a la mujer por el sistema patriarcal atentan contra el Derecho Natural y la Razón. En consecuencia, se tenía que reconocer el siguiente contenido sustantivo:

a) Principio de igualdad ante la Ley.[12]

b) La libertad como condición intrínseca de la mujer: el ser humano nace libre y tiene los mismos derechos,

[7] Sir H. Sumner Maine, Las Instituciones Primitivas, pág. 280.
[8] Esta autorización tenía que estar consignada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil.
[9] Esta revocación también tenía que estar consignada por escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil. En este caso, además, tenía que publicarse en el periódico oficial del pueblo y, de no haberlo, en el de la provincia, y anunciarlo a sus corresponsables por medio de circulares.
[10] Art. 154 CC: "El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados".
[11] Esta Declaración está disponible en: http://feministasconstitucional.org/portfolio-items/sobre-la-declaracion-de-los-derechos-de-la-mujer-y-de-la-ciudadana/
[12] Art. I Declaración: "La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos".
[13] Art. IV Declaración: "La libertad y la justicia consisten en devolver todo lo que pertenece a los otros; así, el ejercicio de los derechos naturales de la mujer sólo tiene por límites la tiranía perpetua que el hombre le opone; estos límites deben ser corregidos por las leyes de la naturaleza y de la razón".

con independencia de su sexo. No se puede justificar las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer ni considerarla como bien inanimado susceptible de apropiación por parte del hombre.

c) La Nación, que es quien ostenta la soberanía, es la reunión de la mujer y del hombre. Desde el momento en que la Ley, entendida como manifestación de la voluntad popular representada en el Parlamento, solo ha sido aprobada por un sector de la sociedad, excluyendo a la mujer por una cuestión cultural, la autoridad no puede convertirse en ningún caso legítima porque la soberanía, del que emanan los poderes del Estado, es el conjunto de seres humanos que integran cualquier sociedad.[14]

Reconocimiento del derecho a la propiedad privada a la mujer.[15]

Estos principios y derechos se propagarían con posterioridad al resto de los estados europeos, donde el fenómeno del constitucionalismo integraría esta igualdad jurídica del hombre y la mujer ante la Ley en su vertiente formal.

3.2. Los movimientos de liberación de las mujeres: origen y evolución

Los movimientos de liberación de las mujeres tuvieron lugar en la denominada "segunda ola" del feminismo (años 60) en Estados Unidos[16]. Antes de que se constituyeran como grupos independientes, las mujeres participaron en el "El Movimiento", una organización constituida por el Student Nonviolent Coordinating Committee[17] (SNCC) y el Students for a Democratic Society[18] (SDS).

A pesar de que las mujeres empezaran a desarrollar y adquirir experiencia en el terreno de lo político, cabe destacar que las actuaciones de "El Movimiento" eran realizadas exclusivamente por los hombres. De este modo, la opresión era siempre una cuestión de clase y no de género.

La corriente feminista compartía gran parte de los planteamientos de "El Movimiento", pero paralelamente reivindicaba su propia independencia. Cabe recordar que el eje central de la discusión teórica sobre la opresión residía fundamentalmente en el término "clase", por lo que la continuidad del sistema patriarcal no era un objetivo prioritario que cuestionar en aquel momento[19]. Es más, consideraban que empezar una lucha paralela a la de clases supondría un perjuicio para el progreso de esta última, teniendo en cuenta que las reivindicaciones políticas del movimiento feminista en el si de la organización no eran la causa de la opresión de la clase trabajadora.

Finalmente, se constituyeron los primeros grupos independientes de mujeres (entre otros, The Chicago Women's Liberation Union y The New York Radical Women). El éxito y el eco que tuvieran estas organizaciones provocaron que se celebraran actos en España para publicitar esta reivindicación política, como por ejemplo las Primeras Jornadas Nacionales para la Liberación de la Mujer (Madrid, 1975), las Primeras Jornadas Catalanas de la Mujer (Barcelona, 1976) y las Jornadas Feministas celebradas en Granada en 1979. Estos sucesos contribuyeron, entre otros motivos, a la supresión de la técnica legislativa propia del sistema patriarcal, la Política Sexual.

Asimismo, cabe destacar el lema "lo personal es político" porque sintetiza el objetivo de los grupos de autoconciencia que se formaron en aquel periodo de tiempo. En dichos grupos, las mujeres ponían en común experiencias personales con la finalidad de canalizarlo posteriormente en reivindicaciones políticas. Las limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer constituían experiencias personales evidentes ya que más allá de las funciones que tenía encomendadas en el hogar familiar (educar los hijos, trabajo doméstico no remunerado) no podían participar autónomamente en el tráfico jurídico externo.

Esta transformación de la esfera jurídico-privada de la mujer en el ámbito del Derecho Privado queda positivizada en el ordenamiento jurídico español con la aprobación de la Ley 14/1975.

La Ley 14/1975 constituye un paso esencial y casi definitivo en cuanto a la igualdad jurídica del hombre y la mujer en el seno del matrimonio. Sin embargo, resulta sorprendente que ya el legislador preconstitucional de los años 70 manifestara en la Exposición de Motivos de la citada ley el siguiente inciso: "(...) Padece esta (la mujer) destacadas limitaciones en su capacidad de obrar que, si en otros tiempos hubiera podido tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido".

El legislador preconstitucional llegaba a justificar esta limitación de la capacidad de obrar de la mujer en la

[14]Art. III Declaración: "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación que no es más que la reunión de la Mujer y el Hombre: ningún cuerpo, ningún individuo, puede ejercer autoridad que no emane de ellos".
[15]Art. XVII Declaración: "Las propiedades pertenecen a todos los sexos reunidos o separados; son, para cada uno, un derecho inviolable y sagrado; nadie puede ser privado de ella como verdadero patrimonio de la naturaleza a no ser que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización".
[16] Elena Beltrán y Virginia Maquieira (eds.), Silvina Álvarez y Cristina Sánchez (2001), Feminismos: debates teóricos contemporáneos. Madrid: Alianza.
[17] El SNCC fue una organización política norteamericana que desempeñó un papel central en el Movimiento por los Derechos Civiles (The Civil Rights Movement), el cual, combatió contra la segregación racial y la discriminación que padecieron las personas afroamericanas.
[18]El SDS fue una organización estudiantil norteamericana que, además de participar en el Movimiento por los Derechos Civiles, mostró su rechazo total a la Guerra de Vietnam.
[19]Ibid. at 16: "la case constituía el eje prioritario en el análisis de la opresión, y el género, o en su defecto el sexismo, o bien era objeto de bromas, o bien no era objeto de consideración teórica" (pg. 78)

legislación civil y mercantil a la citada reforma legislativa. Se deja constancia, pues, del arraigo que ha tenido el sistema patriarcal en la sociedad española y que el fenómeno de la Política Sexual ha sido utilizado por el legislador como técnica de política legislativa para garantizar y consolidar dicho sistema.

La relevancia sustantiva de la Ley 14/1975 es que, por vez primera, reconoce a la mujer como persona con plena capacidad de obrar en la esfera jurídica civil y mercantil. Es decir, que el principio de la autonomía privada regiría con plenitud en todas las relaciones jurídico-privadas que celebrara la mujer sin que hubiera a partir de aquel momento ningún tipo de restricción o limitación previa (licencia marital o auctoritas del paterfamilias). La exposición de motivos de la citada Ley relaciona este reconocimiento legal con la dignidad de la persona.

En relación con la esfera jurídica civil, es preciso destacar en primer lugar el régimen jurídico de la capacidad de obrar de la mujer casada. Teniendo en cuenta lo ya expuesto anteriormente, la mujer necesitaba de una licencia marital para celebrar actos y contratos válidos en el tráfico jurídico. El inciso "el matrimonio no tiene un sentido restrictivo a la capacidad de obrar de los cónyuges" refleja positivamente esta evolución. Las consecuencias jurídicas inmediatas con la reforma legislativa serían que el hombre ya no representaría legalmente a la mujer en el tráfico jurídico y que, por tanto, la mujer podría realizar y celebrar con plena eficacia jurídica actos y contratos con carácter privativo. Asimismo, y dejando en evidencia que la mujer ya no sería considerada como un sujeto que le faltara capacidad de obrar, se destaca en la nueva legislación que en aquellos supuestos en que se necesita el consentimiento de ambos cónyuges, la ausencia o la falta de éste por parte de uno de los dos cónyuges, supondrá que el afectado pueda anular el acto jurídico celebrado ante los tribunales de justicia.

En relación con la institución de la nacionalidad, resulta interesante poner de relieve el argumento perverso que utilizaba el legislador preconstitucional a la hora de justificar el status quo de aquel momento, en el que regía el principio de unidad de la familia. El inciso "pudo tener un fundamento social (haciendo referencia al principio citada) en los momentos históricos en que las comunidades nacionales eran compartimentos muy replegados sobre sí mismos y poco comunicados", sin tener en cuenta el contexto sociopolítico del momento histórico en el que nos encontramos, aprovecha la circunstancia citada para justificar la estructura patriarcal. Ahora bien, este fenómeno social previsto en la anterior legislación ponía en evidencia aquella relación de dominio que tenía el hombre sobre la mujer porque era ésta quien se casaba la que adquiría la nacionalidad de su marido, nunca al contrario (art. 22 CC redacción anterior a la Ley 14/1975). De este modo, el matrimonio incidía de forma directa y automática en la adquisición, pérdida o mantenimiento de la nacionalidad de la mujer. En consecuencia, la aplicación del artículo 22 CC, que era una norma jurídica de Derecho Internacional Privado y que estaba fundamentada bajo los principios del sistema patriarcal, comportaría una problemática jurídica en aquellos supuestos en que un matrimonio, integrado por una mujer con nacionalidad española y un hombre extranjero, tuvieran fijada su residencia en el estado español. En estos casos, la mujer no podría ejercer los derechos que tuvieran las nacionales del país de su marido ya que su relevancia quedaba fijada en el Estado español. Posteriormente, y con la referencia legislativa, rige el elemento de la voluntariedad, dejando a la mujer, por ejemplo, plena libertad para decidir si quiere perder la nacionalidad española en el que caso en que celebre el matrimonio con un hombre extranjero.[20]

En cuanto a la esfera jurídico-mercantil, la Ley 14/1975 modifica los artículos 4 y 6 a 11 del CCom en su redacción originaria, los cuales, hacen referencia al ejercicio del comercio por persona casada. Cabe fijarse que en la nueva redacción del articulado se utiliza el término "cónyuge", sin hacer ningún tipo de distinción en el sexo de la persona. Ahora la mujer ya no necesitará de ninguna autorización o licencia marital para ejercer o continuar ejerciendo la actividad del comercio, por lo que el principio de autonomía privada tendrá la misma eficacia y alcance para ambos cónyuges. Por tanto, en aquellos supuestos que se pretenda que respondan, además de los bienes privativos del cónyuge que ejerce el comercio, los bienes comunes respecto a las obligaciones contraídas con terceros será necesario el consentimiento de ambos cónyuges (art. 6 CCom). Asimismo, concurren unas presunciones iuris tantum que son aplicables en todos los casos, con independencia de qué cónyuge esté ejerciendo el comercio (arts. 7 y 8 CCom).

Finalmente, es imprescindible hacer referencia a la institución jurídica de las capitulaciones matrimoniales. Este instrumento jurídico permite que ambos cónyuges puedan establecer, modificar o sustituir el régimen económico-matrimonial, además de otros

[20] Sin embargo, tras la aprobación de la Ley 14/1975 y las posteriores Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio, (las dos últimas adaptaron determinadas disposiciones del CC al principio constitucional de igualdad reconocido en los artículos 14 y 32 CE), la legislación civil española seguía conteniendo regulaciones que suponían una clara discriminación por razón de sexo y, en consecuencia, incompatibles con el marco constitucional. Un claro ejemplo fue el instituto de la vecindad civil. De acuerdo con el artículo 14.4 CC (redacción dada por la Ley 14/1975), la mujer casada seguiría la vecindad civil del marido. No fue hasta la aprobación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, cuando el matrimonio no sería un factor que alterara la vecindad civil de la mujer.

pactos que se pueda derivar del matrimonio (1325 CC).

En el ámbito del ejercicio del comercio, las capitulaciones matrimoniales se convirtieron en la manifestación más clara de esta evolución jurídica que ha experimentado la mujer en el ámbito del Derecho privado ya que estos se fundamentan precisamente en la igualdad jurídica de los cónyuges y en la autonomía privada de estos. El primer principio queda positivizado en el art. 1328 CC, el cual, manifiesta que aquellos supuestos en que se estipule alguna cláusula en las capitulaciones matrimoniales que comporte una limitación de derechos que corresponda a cada cónyuge sean nulas de pleno derecho, mientras que el segundo quedaría reflectado en el precepto 1.315 CC, en el sentido en que los cónyuges podrán configurar su régimen económico-matrimonial, sin que haya por tanto ninguna restricción o limitación de la capacidad de obrar de la mujer casada. Ambos serán objeto de reconocimiento constitucional.

4. Reconocimiento constitucional de la institución del matrimonio

Anteriormente, la institución jurídica del matrimonio constituía un instrumento que permitía prolongar en el tiempo la relación de subordinación de la mujer respecto al hombre, manteniendo la existencia del sistema patriarcal español. El matrimonio se convertiría el canal de transmisión de propiedad o dominio de la mujer, en que ésta dejaría de ser propiedad del paterfamilias para terminar bajo la tutela de su marido.

El primer texto constitucional español que hace una mención explícita de la institución del matrimonio es la Constitución Española de la Segunda República de 1931, en su artículo 43. El texto constitucional fundamenta esta institución en uno de los principios constitucionales que acabarían positivizándose en la Constitución de 1978, que es el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE actual).

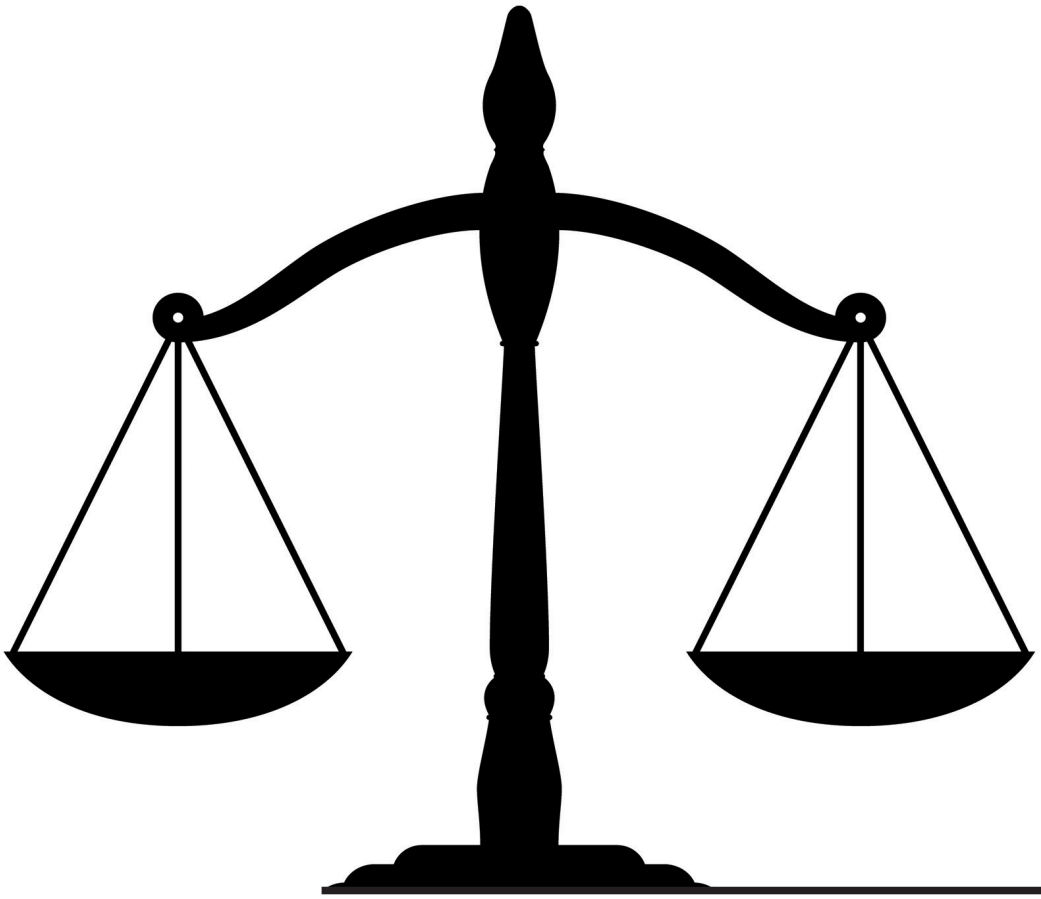
La aprobación de la actual Constitución Española suprime definitivamente esta relación de dominio que tiene el paterfamilias o el marido sobre la mujer. Este reconocimiento constitucional, que supone un cambio en la situación jurídica de la mujer en el ámbito del Derecho Privado, queda reflejado en el artículo 32 en relación con el artículo 14 del texto constitucional.

5. Bibliografía

Kate Millet, *Política Sexual*, Ediciones Cátedra, pág. 68.

Sir H. Sumner Maine, Las *Instituciones* Primitivas, pág. 280.

Elena Beltrán y Virginia Maquieira (eds.), Silvina Álvarez y Cristina Sánchez (2001), *Feminismos: debates teóricos contemporáneos. Madrid: Alianza*



DERECHO ADMINISTRATIVO

EL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

MANUEL DAVID MARTÍN RODRÍGUEZ
San Pablo CEU

RESUMEN: La entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, ha supuesto numerosos cambios en esta área como consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la normativa europea.

Uno de los cambios más notables es el procedimiento de asociación para la innovación que pretende estimular la innovación para lograr que la inversión en I+D+I alcance el 3% del PIB. A lo largo de esta exposición de motivos estudiaremos el origen de esta modalidad procedimental, su utilidad, así como la regulación existente en el ordenamiento jurídico español.

Palabras Clave: asociación para la innovación, Ley de Contratos del Sector Público, PYMEs, I+D+I, Unión Europea, PIB.

ABSTRACT: The entry into force of the new Public Sector Contract Law, has led to numerous changes in this area as a result of the incorporation into our legal system of European regulations.

One of the most notable changes is the partnership procedure for innovation that aims to stimulate innovation in order that R & D & I investment reach the 3% of GDP. Throughout this exhibition of reasons we will study the origin of this procedural modality, its usefulness, as well as the existing regulation in the Spanish legal system.

Key Words: innovation partnership, Public Sector Contract Law, SMEs, R & D & I, European Union, GDP.

Recepción: 22.01.2018 Aceptación: 19.03.2018

Introducción

El procedimiento de asociación para la innovación fue reconocido por primera vez en la normativa europea en el artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública[1] y el artículo 49 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.[2] Dicho precepto habilita un procedimiento específico denominado asociación para la innovación, traducción del término inglés *innovation partnership*, que permite a los poderes adjudicadores establecer con las empresas una asociación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras. Si bien la nueva ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre[3] (en adelante LCSP), no ha entrado en vigor hasta este pasado 9 de marzo, debido al reconocimiento del efecto directo que tienen las Directivas comunitarias la asociación para la innovación ha podido ser invocada en nuestro país desde el 18 de abril de 2016, fecha en la que expiró el plazo para transponer esas Directivas del año 2014.[4]

El fundamento de la aparición de esta novedad es la concepción de que existe una necesidad de disponer de productos que no existen, o que ya están desarrollados aunque no son suficientemente buenos, siendo necesario recurrir a soluciones innovadoras para solventar estos problemas. El objetivo último de estos cambios es reforzar la colaboración público-privada propiciando la aparición de actuaciones que vayan dirigidas a alcanzar para el año 2020 una inversión del 3% del PIB en actividades de I+D+I.

Su ámbito de aplicación se circunscribe a aquellas situaciones en que la autoridad pública posee la necesidad de un producto o servicio innovador, pero esta insuficiencia no se puede cumplir con las soluciones conocidas y existentes en el mercado. Con la introducción de este nuevo procedimiento surge la posibilidad de desarrollar una solución innovadora caracterizada por aunar en una sola fase la tradicional licitación que históricamente se había dividido en dos etapas: la primera concerniente al desarrollo del producto o servicio, mientras que la segunda trataba su adquisición. Atendiendo al importante peso específico que representa la contratación pública en la economía de la Unión Europea —de media entre todos los Estados miembros supone un 18% de su PIB-, se ha afirmado que la capacidad que tienen estas Administraciones Públicas para estimular la innovación no es en absoluto irrelevante.

Para Bustos Pretel[6] la LCSP es innovadora tanto en su planteamiento global como en algunos de los mecanismos que regula. En este marco de cambio tiene un significado muy especial que a partir de ahora la normativa considere la innovación como un importante valor de la misma, mientras que la Ley de Contratos del sector Público anterior, el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, apenas señalaba tímidamente que se valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología. Tal y como señala el preámbulo de la nueva ley, buscando favorecer a las empresas más innovadoras, ha aparecido esta modalidad de contratación aplicable en aquellos supuestos en los que sea necesario realizar actividades de investigación y desarrollo de productos innovadores que posteriormente serán adquiridos por parte de una Administración Pública.

Valcárcel Fernández[7] señala que si bien es cierto que su regulación recuerda en algunos puntos las reglas del procedimiento de licitación con negociación o al diálogo competitivo posee una funcionalidad propia distinta respecto a ambas.

Marco normativo español

La ubicación sistemática en la LCSP es la Subsección VI de la Sección I del Capítulo I del Título I del Libro II (artículos 177 a 182)

- Artículo 177. Caracterización del procedimiento de asociación para la innovación.
WS
- Artículo 178. Selección de candidatos.

- Artículo 179. Negociación y adjudicación de la asociación.

- Artículo 180. Estructura de la asociación para la innovación.

- Artículo 181. Adquisiciones derivadas del procedimiento de asociación para la innovación.

[1] *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE Texto pertinente a efectos del EEE.* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> Acceso el 21 de enero de 2018

[2] *Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0025> Acceso el 21 de enero de 2018.

[3] *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.* https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902> Acceso el 21 de enero de 2018.

[4] *Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation* <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform_Guide_new-final_download.pdf> 25-26. Acceso el 21 de enero de 2018.

[5] P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación*, (Contratación Administrativa Práctica, N° 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 19881/2017, 1).

[7] P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ., Ob. cit., 4.

- Artículo 182. Configuración y seguimiento de la asociación para la innovación por parte del órgano de contratación.

Aparte de esta subsección hay una breve referencia al procedimiento en el artículo 327, que prevé la creación de una mesa especial para apoyar al órgano de contratación en este procedimiento.

Los artículos de la subsección copian las estipulaciones de la normativa europea y tratan los cuatro momentos diferenciados existentes[8]: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto.

1. Selección de candidatos.

Los artículos 177 y 178 LCSP disponen que al inicio del procedimiento los pliegos de cláusulas administrativas particulares fijarán cuál es el producto, servicio u obra innovadora que se necesita y no puede ser satisfecha con aquello que existe en el mercado.

Cualquier empresario puede pedir participar en en el proceso selectivo, si bien los órganos de contratación valorarán mediante criterios objetivos de solvencia (capacidad de los candidatos en los ámbitos de investigación y desarrollo o preparación de soluciones innovadoras). Aquellos que superen estos criterios podrán presentar proyectos de innovación e investigación, siendo necesario seleccionar al menos a tres de ellos. El órgano de contratación tiene la potestad de constituir una asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separados las actividades de investigación y desarrollo. Los contratos que se adjudiquen por este procedimiento se regirán:

- En la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, por las prescripciones contenidas en los pliegos y, suplementariamente, por las normas de contrato de servicios.

- En la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las normas propias del contrato de que se trate.

2. Negociación con los licitadores.

Según el artículo 179 LCSP los licitadores que hayan sido seleccionados presentarán sus proyectos sobre las necesidades planteadas en el objeto del contrato. En este momento se podrá negociar las todas las ofertas menos la que posee carácter definitivo. La adjudicación está regida por el criterio de mejor calidad relación-precio del artículo 145, teniendo en cuenta factores como el fomento de la integración social, los planes de igualdad de género o la conciliación de la vida laboral y familiar.

3. Asociación con los socios.

Según el artículo 180 LCSP la asociación se estructura en fases sucesivas, siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación. Deberán fijarse unos objetivos intermedios a alcanzar por los socios y establecerse los pagos en unos plazos razonables.

4. Adquisición del producto resultante (artículos 181 y 182 LCSP).

Los dos últimos preceptos de preceptos establecen que una vez acabados los trabajos de investigación y desarrollo, el órgano de contratación evaluará los resultados y sus costes, antes de decidir sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes, de acuerdo con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El órgano de contratación debe velar por que la estructura de la asociación, y en particular la duración y el valor de las diferentes fases, reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora que aún no disponible en el mercado.

Utilidad

Según establece el Considerando 42 de la Directiva de 2014 resulta de utilidad para aquellas situaciones en las que resulta ineficaz e insatisfactorio desarrollar la adjudicación mediante procedimientos abiertos o restringidos.[9]

La ventaja más evidente de este nuevo instrumento es que permitirá integrar en el marco de un mismo contrato, tanto las actividades o servicios de investigación y desarrollo como la compra ulterior de los productos que sean resultado de esas actividades.[10] Da respuesta a la demanda de introducir la innovación en la contratación pública, dejando atrás la vieja tendencia a sustentar las actividades innovadoras en subvenciones. Se abre ahora la puerta a un procedimiento nuevo, realista y adecuado al mercado en un mundo de avance tecnológico constante. Se da por tanto la circunstancia de que es un procedimiento novedoso para dar respuesta a la contratación de innovación y que es innovación en sí mismo.[11]

[8] BUSTOL PRETEL, G., Ob. cit.
[9] J. C. GÓMEZ GUZMÁN, La auditoría de contratos y el coste incurrido en las adjudicaciones con precios provisionales, (Contratación Administrativa Práctica, Nº 145, Sección Reflexiones, Septiembre 2016, Editorial LA LEY, 1).
[10] Guía 2.0 para la compra pública de innovación. <http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf> 37. Acceso el 21 de enero de 2018.
[11] G. BUSTOL PRETEL, Ob. cit.

A partir de ahora cualquier operador económico podrá solicitar participar en respuesta a un anuncio de licitación con vistas a formar una asociación estructurada para el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que estos correspondan con los niveles de rendimiento y los costes acordados. El valor del contrato será el valor máximo estimado, sin haberse incluido en el mismo el IVA, aunque sí todas las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación; y siendo adjudicado el contrato de conformidad con las normas aplicables a los procedimientos de licitación con negociación.[12]

Para Almonacid Lamelas incorporar este nuevo mecanismo al derecho estatal, junto a potenciar la contratación electrónica, permitirá la participación en el dinero público de las PYMEs, una estrategia clave para conseguir la reactivación del sistema económico.[13]

Conclusiones finales

A nivel personal considero que la elección de este nuevo procedimiento encuentra su justificación en la necesidad que existe de una tecnología y la falta de un producto o servicio ofrecido en el mercado. Se observa como se está comenzando a producir un cambio del paradigma tradicional al tratar de fomentar la innovación a través de la oferta, en vez de como venía siendo tradicional mediante la demanda, alterándose por tanto el enfoque desde un punto de vista reactivo a uno proactivo.

Aunque aún es un procedimiento de reciente introducción en nuestro ordenamiento jurídico y no es posible realizar un adecuado análisis del impacto que ha tenido, considero que con el paso de los años se evidenciará que es una oportunidad para favorecer la participación de las PYMEs en las licitaciones nacionales así como un instrumento para potenciar la inversión en I+D+i que se ha visto resentida en España con motivo de la crisis económica.

Bibliografía

V. ALMONACID LAMELAS, Nuevas formas de prestación de los servicios públicos locales, (El Consultor de los Ayuntamientos, Editorial LA LEY, LA LEY 18605/2012).

G. BUSTOL PRETEL, Entre la innovación de los contratos y los contratos para la innovación. <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/entre-la-innovacion-de-los-contratos-y-los-contratos-para-la-innovacion>

J. C. GÓMEZ GUZMÁN, La auditoría de contratos y el coste incurrido en las adjudicaciones con precios provisionales, (Contratación Administrativa Práctica, Nº 145, Sección Reflexiones, Septiembre 2016, Editorial LA LEY).

J. A. MORENO MOLINA, La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español, (Derecho de los Negocios, Nº 273, Sección Unión Europea, Enero-Febrero 2014, Editorial LA LEY).

P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación, (Contratación Administrativa Práctica, Nº 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 19881/2017).

Guía 2.0 para la compra pública de innovación. <http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf>

Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform_Guide_new-final_download.pdf>

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE Texto pertinente a efectos del EEE. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> Acceso el 21 de enero de 2018.

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0025> Acceso el 21 de enero de 2018.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902> Acceso el 21 de enero de 2018.

[12] J. A. MORENO MOLINA, La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español, (Derecho de los Negocios, Nº 273, Sección Unión Europea, Enero-Febrero 2014, Editorial LA LEY, 5).
[13] V. ALMONACID LAMELAS, Nuevas formas de prestación de los servicios públicos locales, (El Consultor de los Ayuntamientos, Editorial LA LEY, LA LEY 18605/2012, 3-4).

La transparencia activa en el ámbito local: normativa, implementación y nuevas vías para lograrla. El caso de la provincia de Castelló

Jaime Clemente Martínez
Universitat Jaume I

RESUMEN: La transparencia activa ha llegado a las entidades locales de la mano de varias novedades legales que han permitido que la ciudadanía pudiera realizar una verdadera rendición de cuentas de las actuaciones de los poderes públicos. Ha implicado un cambio de mentalidad en la forma de actuar de los consistorios locales, de tal forma que algunos han llegado incluso a ir un paso más allá y establecer nuevas vías de cumplir no sólo los mínimos legales, sino de fomentar mucho más la transparencia local. En este trabajo se hace, así mismo, especial referencia a las buenas prácticas en materia de publicidad activa que han llevado a cabo los ayuntamientos de la provincia de Castelló.

Palabras Clave: Transparencia activa, rendición de cuentas, gestión pública responsable, transparencia local, cambio de mentalidad, publicidad activa

ABSTRACT: Active transparency has reached the local entities in the hand of several legal developments that have allowed citizens to make a real account of the actions of public authorities. It has implied a change of mentality in the way of acting of the local consistories, in such a way that some have even gone a step further and establish new ways of fulfilling not only the legal minimums, but to further promote local transparency . In this work, special reference is also made to the good practices in the field of active advertising that have been carried out by the town halls of the province of Castelló.

Key Words: Active transparency, accountability, responsible public management, local transparency, change of mentality, active publicity

Recepción: 23.03.2018

Aceptación: 23.04.2018

Lista de abreviaturas

FEMP: Federación Española de Municipios y Provincias
LTAIPBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno
PIO: Plan de Igualdad de Oportunidades
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
TIE: Transparencia Internacional España

List of abbreviations

FEMP: Spanish Federation of Municipalities and Provinces
LTAIPBG: Law 19/2013, of December 9, on Transparency, Access to Public Information and Good Governance
IOP: Equal Opportunities Plan
STC: Constitutional Court ruling
TIE: Transparency International Spain

Introducción

La publicidad o transparencia activa, entendida como la puesta a disposición de la ciudadanía de la información que resulte relevante por su interés general,[1] es actualmente uno de los principales retos de los ayuntamientos. Implica la posibilidad por parte de la ciudadanía de poder llevar a cabo una rendición de cuentas de la gestión pública de ámbito local. La publicación de los contenidos exigidos por ley en los portales de transparencia ha supuesto una nueva forma de trabajar en los consistorios, que de querer involucrarse, incluso anima a los consistorios a superar los mínimos legales y lograr un mejor gestión pública.

El inicio de la transparencia lo encontramos en el artículo 105.b de la Constitución española, donde se indica que la ley regulará "el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos" y por tanto es a partir de la normativa estatal y autonómica en la materia, publicadas en los años 2013 y 2015, respectivamente, donde verdaderamente nacen la mayoría de las exigencias referidas a la necesidad de publicar y hacer visible a la sociedad civil las políticas públicas municipales. Es necesaria esta publicitación que además permite mejorar la imagen de las instituciones públicas y es un gran instrumento para contrarrestar los riesgos de la corrupción pública.[2]

Con todo, el objeto del presente trabajo pretende realizar un pequeño estudio sobre la normativa sobre transparencia y su forma de implementarla en entidades locales . Para llevarlo a cabo, en primer lugar se ha realizado un análisis sobre la normativa estatal, autonómica y en su caso local, que afecta a la publicidad activa en los ayuntamientos. A continuación, se explica de qué forma hay que implementar y hacer efectivas esas obligaciones de publicidad activa previstas legalmente. Por fin, se ha analizado qué pueden hacer los ayuntamientos para ir un paso más allá y adoptar medidas, que no son obligatorias por ley, pero que permiten a la sociedad civil poder conocer mucho más todo lo que hay detrás de la gestión pública de su municipio.

Pese a la aparente sencillez que pueda parecer cumplir la transparencia activa, son muchos los obstáculos que la sociedad civil puede encontrar a la hora de acceder a esta información con las garantías y el detalle exigido previsto en la normativa. Una falta de concienciación ciudadana sobre el potencial de la publicidad activa, sumada a la necesidad de realizar un cambio en la manera de trabajar de las administraciones públicas, hace que la transparencia salga perjudicada especialmente en los ayuntamientos.

Las posibilidades para poder cumplir las mencionadas exigencias son muchas, ya que si por falta de recursos o de tiempo la entidad local ve que no podrá hacer frente a todo lo que implica la publicitación de la información exigida por ley, siempre puede contratar a una empresa que le facilite la tarea o utilizar los recursos que, frecuentemente, le facilitan otros organismos públicos para conseguir que la ciudadanía pueda llevar a cabo sobre la gestión municipal una auténtica rendición de cuentas.

De esta manera, se puede obtener una panorámica general sobre lo que implica y cuál es la situación de la publicidad activa en las entidades locales, en especial de aquellas de la provincia de Castelló, todo con el objetivo de comprender con detalle lo que hay detrás de la transparencia activa en el ámbito local.

1. Marco normativo estatal, autonómico y local de la transparencia en los ayuntamientos

La transparencia en los ayuntamientos ha supuesto un nuevo paradigma a raíz de la creación estatal de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBG), una norma que llega tarde a nuestro país y aún más al ámbito local, donde la necesidad de rendir cuentas a la ciudadanía y dejar atrás el anterior régi-

[1] Las primeras aproximaciones al concepto de transparencia activa se dieron en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa de 18/06/2009, que puede consultarse en esta dirección: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_consejo_europeo.pdf (consultado el 17/04/2017).
[2] Sobre esta cuestión puede consultarse: Fernando Ramos, Comunicación y Protocolo en el espacio local. Imagen y transparencia de las Instituciones públicas, 58.

men de opacidad era una constante en la gestión de las entidades locales.

Hay que señalar que las políticas en transparencia, como también ha pasado con las de gobierno abierto, se deben caracterizar por luchar contra la opacidad, al incentivar la transparencia más que al reprimir la falta de ésta; en este sentido, ya se pronunció Kaufmann[3] al decir "que no se puede combatir la corrupción combatiendo la corrupción" y por eso hay que apostar por acciones que fomenten el gobierno abierto y la transparencia. Fue este mismo autor junto a Bellver[4] quien estableció que la conexión entre los conceptos de transparencia y corrupción es estrecha, aunque mantienen su independencia una respecto de la otra.

Los consistorios españoles se encuentran regulados en el ámbito de la transparencia por la mencionada Ley estatal 19/2013 y en el caso de los municipios de la Comunidad Valenciana, también encontramos la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana. Finalmente, también es posible que los ayuntamientos fijen sus propias ordenanzas en materia de transparencia, por tanto, nos encontramos con una triple regulación normativa en la materia que deberán cumplir las entidades locales.

1.1 Normativa estatal

En el ámbito estatal, se ha dado un paso importante en materia de transparencia de la información de las administraciones públicas con la mencionada ley estatal que, como indica Balaguer y Brun[5], ha dejado de ser uno de los pocos países europeos que no contaban aún con una ley de estas características.

La mencionada ley pretende así incrementar la transparencia en la actividad pública, garantizar el acceso a la información y establecer las obligaciones de buen gobierno a seguir por parte de los responsables públicos. De esta manera, como continúan indicando las autoras[6], el texto legal regula los principios de publicidad activa y pasiva a los que estarán sometidas las administraciones y entidades públicas, como sería también el caso de los ayuntamientos que ahora nos ocupan. De esta manera, la ley determina qué información debe ser divulgada y publicada en las sedes electrónicas o lugares web de cada entidad, y se clasifica en información institucional, organizativa y de planificación, información de relevancia jurídica e información económica, presupuestaria y estadística.

Por ello, como afirma Bello[7], en la Ley 19/2013 se configura la gobernanza en una especie de dimensión de buen gobierno que debe observar un conjunto de "principios que regulan la manera de ejercer el poder para que sea eficaz, competente, íntegro, equitativo, transparente y responsable", tal como se fija en el artículo 26 de la mencionada norma.

En esta misma norma jurídica, como continúa indicando el autor, se articula el cumplimiento del principio de la transparencia a través de la creación de obligaciones de publicidad activa para las entidades públicas, como sería, descritas en el artículo 2.1 de la norma, con la declarada finalidad de «garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública», como se indica en el artículo 5.1 de la LTAIPBG.

Pese a ello, no existe en la LTAIPBG una regulación de infracciones y sanciones en relación con el incumplimiento de la publicidad activa, solos se refiere la disciplina de esta ley a actuaciones principalmente donde haya una publicación de información que no se debería haber expuesto al público.[8] Tampoco hay una regulación reglamentaria de ámbito estatal que permita garantizar el cumplimiento de las obligaciones referidas a la norma, por ello, como afirma Campos Acuña[9], el objetivo del legislador español debería ser trabajar en esta línea para garantizar la transparencia.

1.2 Normativa autonómica

Desde la escala autonómica, en primer lugar encontramos el artículo 9.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, donde se habla del "derecho a participar de forma individual o colectiva en la vida política, económica, cultural", por tanto, se trata de una primera referencia en la materia[10] que se ve desarrollada por la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana en la Comunidad Valenciana, donde se establece el principio de transparencia y del derecho de libre acceso a la información pública y donde se fijan los principios básicos para la implantación de un código de buen gobierno en el ámbito de la Administración autonómica y se promueve la participación ciudadana en los asuntos públicos. Esta Ley también será de aplicación a las administraciones locales del

[3]Danie Kaufmman, Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción, Disponible en línea: https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2005/09/pdf/basics.pdf (consultado el 8 de febrero de 2017).
[4] Daniel Kaufmman y Ana Bellver, Transparenting Transparency: Initial Empíricos and Policy Aplications, 43.
[5]M. Teresa Balaguer y M. Isabel Brun, La transparencia en las administraciones locales españolas, 7-8. Disponible en línea: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/164428/Balaguer_2016_Transparencia.pdf?sequence=1 (consultado el 2/2/2018).
[6]M. Teresa Balaguer y M. Isabel Brun, La transparencia en las administraciones locales españolas, ibid., 8.
[7]Santiago Bello, Gobernanza local y transparencia, 23. Disponible en línea: https://goo.gl/GsLn1u (consultado el 4/2/2018).
[8] A este respecto puede consultarse: Lucía Sánchez y Miguel Corchero, Régimen sancionador en materia de transparencia y buen gobierno local, 11-13.
[9]M. Concepción Campos, Las claves de la transparencia en el 2016: propósitos para el primer año de la transparencia local, 2.
[10] Se puede consultar en este punto: Artemi Rallo, Rosario García,, José Luis Blasco, Cristina Pauner y Beatriz Tomás, Derecho público de la Comunidad Valenciana, 55.

ámbito de la Comunidad, tal como se fija en el artículo 2.d de esta.

Esta norma autonómica regula con más profundidad las obligaciones en materia activa y pasiva de la transparencia en los consistorios locales y lo hace, en primer lugar, en materia de información de relevancia jurídica, como la exigencia de publicitar proyectos de normas o documentación sobre planificación y también de otros de temas económicos y presupuestarios, como es la necesidad de hacer públicos los presupuestos, las retribuciones, la deuda, el plazo medio de pagos, los informes de auditoría de cuentas, entre otras obligaciones. De esta manera, se cumple con lo que es la idea, es decir, que la ley estatal establezca los mínimos de obligado cumplimiento para toda España y las leyes autonómicas desarrollen este mínimo de acuerdo con sus peculiaridades orgánicas y según la voluntad de los legisladores regionales, tal como indica Ayuso[11], quien también señala la importancia de esta norma, ya que el hecho de que la ley valenciana establezca un nivel de transparencia notablemente superior al exigible para la totalidad de España, implica que "los representantes políticos de nuestra Comunidad asumen dar a la información y opinión pública un nivel de datos precisos muy elevado, para un control más elevado de la cosa pública y de sus responsables".

1.3 Normativa local

Las entidades locales, así como las comunidades autónomas, fueron excluidas de la tramitación y elaboración de la norma de transparencia estatal pero pese a ello, como afirma Guichot Reina,[12] están llamadas a aplicarla e incluso a ir más allá, como sería aumentar las materias objeto de publicidad activa, diseñar sus propios portales de transparencia y tomar decisiones en cuanto a la organización interna de la regulación administrativa de esta materia en su ayuntamiento. Junto a eso, pueden elaborar sus propias ordenanzas locales sobre transparencia, como compromiso político del consistorio, que permita ampliar las exigencias estatales y autonómicas por lo que respecta a la rendición de cuentas con la ciudadanía.

Toscano Gil[13], a la hora de analizar la regulación local de la transparencia, nos recuerda la diferencia doctrinal entre reglamento, con efectos más pronto ad intra (que afectan sobre todo a la organización interna del consistorio y no tanto a sus habitantes) y la ordenanza, que sí que pretende ir más allá y proyectar efectos sobre el conjunto de la ciudadanía y por ello, esta última es la apropiada para la regulación local de la transparencia.

Para facilitar la tarea a los ayuntamientos, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) elaboró en fecha 17 de mayo de 2014 una ordenanza tipo sobre transparencia, acceso a la información y reutilización[14] que se basa en experiencias positivas realizadas por ayuntamientos y supone un modelo de referencia para otros, si bien como indican Rodríguez-Aranda y Sendín[15], muchas veces se regulan en estos reglamentos locales aspectos de la publicidad activa que ya habían sido exigidos por las normas autonómicas. Pese a ello, esta ordenanza nace en el marco de la heterogeneidad y diversidad de un mapa local, que hace que resulte difícil en numerosas ocasiones para los entes locales poder adaptarse a las exigencias de la norma estatal y autonómica sobre transparencia y por eso desde la FEMP se quiere facilitar la tarea con un modelo de reglamento; de hecho, como indica Seara Moro[16], el objeto de esta propuesta de ordenanza no es solo que los ayuntamientos cumplan en el plazo de vacatio legis de dos años que fija la ley de transparencia estatal para cumplir su articulado, sino dar un paso más allá y constituir un referente de adaptación de las estructuras organizativas de las entidades locales a los preceptos de la mencionada ley. Esta guía realizada por la FEMP tiene, según Márquez Fernández[17], como aspecto positivo la compartición de buenas prácticas y la difusión de las guías para la puesta en funcionamiento de iniciativas de transparencia que tienen la virtud adicional de haber sido elaboradas en un proceso altamente participativo; eso permite crear foros estables que posibilitan llegar a compromisos hacia una mayor calidad de los instrumentos elaborados.

Pese a ello, considerando el Estado de las autonomías, la posibilidad de poder regular una ordenanza propia no deja de ser una garantía para los consistorios para poder ir un paso más allá si la normativa sobre la materia no acaba de cubrir las expectativas de ese ente local.

Otras asociaciones de municipios de ámbito autonómico también han elaborado su propio modelo de ordenanza en materia de transparencia; destaca el de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias[18], que tiene una extensión superior al de la FEMP y don-

[11] Mariano Ayuso, La versión valenciana de la Ley de transparencia. Disponible en línea: http://valencianews.es/opinion/la-version-valenciana-de-la-ley-de-transparencia/ (consultado el 15/02/2018).
[12] Emilio Guichot, Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local, 109-110.
[13] Francisco Toscano, La regulación local de la transparencia, 60.
[14] Propuesta de ordenanza disponible en línea: http://femp.femp.es/files/11-5133-fichero/Ordenanza%20Transparencia,%20Acceso%20y%20Reutilizaci%C3%B3n%20de%20la%20informaci%C3%B3n.pdf (consultado el 22/2/2018).
[15] Jesús Rodríguez y Miguel Ángel Sendín, Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, 117-129
[16] David Seara, La transparencia y la administración local: la ordenanza tipo de la Federación Española de Municipios y Provincias, 9.
[17] Juan Miguel Márquez, Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local, 196.

de propone una regulación detallada en todos los ámbitos, tanto publicidad activa, pero también la pasiva, la reutilización de la información e incluso un régimen sancionador.

Por tanto, queda patente que en el ámbito local la transparencia y rendición de cuentas se debe cumplir según las exigencias estatales, autonómicas y las propias locales. De hecho, la necesidad de hacer partícipe a la ciudadanía de los asuntos públicos que ocurren en el municipio también queda amparada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencia 4/1981, de 2 de febrero (FJ 3r), así pues, se destaca que "la autonomía no es soberanía" y por tanto, si eso lo ponemos en relación con la transparencia, se indica que los municipios deben cumplir la normativa estatal y autónomica en esta materia y por tanto no pueden dejar de cumplir unos compromisos de transparencia establecidos por estas.

En la misma línea se pronuncia Bello[19], al afirmar que como la autonomía local, garantizada en la CE, configura los municipios y provincias como los entes territoriales más próximos a la ciudadanía y mediante los que esta ejerce el derecho de participación en el gobierno y los asuntos que le corresponden, como afirma de nuevo la STC 4/1981 (FJ 10) por eso resulta tan relevante en el ámbito local garantizar la transparencia y la rendición de cuentas con la ciudadanía.

2. Implementación de la transparencia activa en los ayuntamientos: realidad y problemáticas

2.1 La ejecución de la transparencia activa

Diciembre del 2015 es la fecha en que los entes locales deben haber cumplido las exigencias de la Ley 19/2013. Hay que indicar que es inequívoco en la norma, tal como se indica al artículo 2, que esta ley es de aplicación a la administración local.

El objeto de la norma es que el conjunto de la ciudadanía conozca el funcionamiento de los consistorios y otros entes locales, que sepan a qué se destinan los fondos, cuáles son las actuaciones y las preferencias políticas hacia donde camina esa administración; en definitiva, poder realizar una rendición de cuentas por parte de la sociedad civil.

Campos Acuña[20] afirma que para evitar una transparencia "de cartón piedra" será necesario depurar la forma en la que esta se estructura y se ofrece la información; haciendo como protagonista al principio de relevancia. Asimismo, continúa indicando, que debe regir el principio de acceso gratuito.

La transparencia debe ser ejercida por vía online y eso supone que los entes locales se deban apartar, necesariamente, de las exigencias estatales en materia de administración electrónicas, que ya no se encuentran reguladas en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, sino en la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; por tanto, las normas de transparencia sirven como impulso para el cumplimiento del resto de normativa estatal que es de aplicación a entidades locales. En este aspecto hay que destacar que según el artículo 36.1.g de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, es competencia de las diputaciones provinciales proveer la administración electrónica a los municipios de menos de 20.000 habitantes, por tanto, estas deberán tener un papel destacado en la preparación de los portales de transparencia locales, en la medida en que la publicidad activa es ejercida por vía telemática.

Hay que recordar que en numerosas ocasiones es posible encontrar portales webs de ayuntamientos en los que, para acceder al portal de transparencia es necesario entrar en primer lugar a la sede electrónica del consistorio, en concreto, a un apartado que indica "administración electrónica" y cuando se accede, se abre una pestaña en muchos navegadores informando sobre la peligrosidad del lugar web. La razón de este aviso es para que el sistema informático detecte que si la persona usuaria tiene un certificado electrónico, este es el momento para que la web del consistorio lo reconozca, pero si la persona que navega solo quiere consultar aspectos sobre transparencia activa debe saber que es necesario que busque una opción donde pueda continuar con la navegación pese a los "peligros" que le indica el ordenador y eso puede ser un tropiezo que haga que muchas personas prefieran no acceder al espacio web y, por tanto, resulte menos accesible el portal de transparencia y, en consecuencia, acabar diseñando una transparencia "para personas informáticas".

Como indica Campos Acuña[21] la información no solo debe ser colgada en la web del consistorio sin más, sino que hay que hacer una tarea de preparación de la misma; hecho que pone en valor la tarea fundamental de los servicios de documentación y archivos que según los principios de accesibilidad, interoperabilidad y reutilización, dotan de homogeneidad y orden al resultado de la publicidad activa. De hecho, un buen sistema de gestión de documentos puede incrementar la eficacia y la rentabilidad de la información que se suministra, ya que no hará falta reelaborar los

[18] Propuesta de ordenanza disponible en línea: http://www.famp.es/famp/intranet/ordenanzas/OMT_Transparencia-FAMP.pdf (consultado el 22/2/2018).
[19] Santiago Bello, Gobernanza local y transparencia, ibid, 23-24.
[20] M. Concepción Campos, Implementación Práctica de la Ley de Transparencia en los Ayuntamientos, 112.

recursos de información[22].

Asimismo, hay que llevar a cabo una importando reorganización interna del personal para cumplir las exigencias de transparencia. De esta manera, Sancliment Casadejús[23] señala que cada entidad debería establecer una estructura interna y es necesario que defina unos roles concretos a cada funcionario o funcionaria, de manera que uno se encargue de validar, otro de revisar la calidad, otro publicar los datos; así como asignarles plazos de publicación y cuál deberá ser la frecuencia de actualización de cada ítem.

Para conocer adecuadamente lo que debe contener cada portal de transparencia municipal, la normativa estatal y autonómica lo divide en tres epígrafes: información institucional, organizativa y de planificación, información de relevancia jurídica e información económica, presupuestaria y estadística. Esta clasificación será la utilizada en el desarrollo de este trabajo si bien, como indica Seara Moro[24], en la actualidad podemos ver cómo un número importante de portales de transparencia de entidades locales están haciendo uso, en la mayoría de los casos, de indicaciones de transparencia para hacer una clasificación más precisa del contenido del portal a pesar de respetar, en líneas generales, la división realizada por las normas legales. Aun así, la Diputación provincial de Castelló ha puesto al alcance de los municipios que dependen de ella un modelo de página web[25] que, a su vez, incluye una plataforma para utilizarla como portal de transparencia; en esta la información se establece en indicadores que siguen en parte la clasificación legal.

3. Nuevas vías de hacer transparencia activa en las entidades locales: ejemplos de la provincia de Castelló

Así pues, las exigencias legales, tanto las estatales o autonómicas como las locales, en materia de publicidad activa, han implicado, por primera vez en nuestro país, que se produjera una rendición de cuentas hacia la sociedad civil. España ha sido de los últimos países de la UE en tener esta norma[26] y por tanto de los últimos en hacer cumplir el Convenio para el acceso a documentos oficiales del Consejo de Europa[27], que había ratificado desde el año 2009. Como afirma Troncoso Reinada[28] se desprende de este convenio la intención de mantener un principio de publicidad y transparencia frente a las tentaciones de mantener como secreta o reservada la actuación administrativa.

Mediante el presente artículo se pretende hacer una aproximación de la voluntad política y técnica que diferentes municipios castellonenses han llevado a cabo para, no solo cumplir con las exigencias previstas en las leyes de transparencia, sino para ir un paso más allá de las exigencias legales en materia de publicidad activa, como ahora propuestas como la grabación de plenos municipales, la creación de presupuestos participativos, entre otras iniciativas, que permiten a la ciudadanía realizar una rendición de cuentas mayor sobre la gestión pública local.

Por suerte, tras la aprobación de las mencionadas normas cada vez hay más ayuntamientos que han decidido dar a la transparencia la importancia que merece y han ido más allá de los mínimos legales con medidas que la garantizan.

En primer lugar, las entidades locales pueden mejorar su rendición de cuentas hacia la ciudadanía aumentando la cantidad de información que publicitan en sus portales de transparencia, es decir, exponiendo más de lo exigida por ley. Así, se puede seguir el modelo de otros organismos como Transparency Internacional España (TIE) que propone un total de 80 indicadores para los ayuntamientos[29] que van más allá de la normativa de referencia. Asimismo, TIE propone indicar más información por ejemplo en materia urbanística, en la web, entre otros, que favorezcan que la ciudadanía conozca mejor la gestión municipal de cada consistorio.

Uno de los primeros ejemplos para ir un paso más allá lo encontramos en la grabación y publicación de los plenos municipales. Esta es una posibilidad a la que cada vez se están sumando más municipios, tanto grandes como pequeños, y que únicamente tiene como límite que se informe de que la sesión del pleno está siendo grabada. Podemos destacar, como ejemplos, los ayuntamientos de Alcalà de Xivert - Alcossebre o el de Almenara [30]que, como otros consistorios, incluyen vídeos de las sesiones plenarias donde incluso hay varias cámaras para poder llegar a todas las personas que se encuentran en la sala. Destaca a

[21]M. Concepción Campos, Implementación de la LT en los Ayuntamiento (I). Aspectos jurídicos y organizativos, ibid., 126.

[22] A este respeto puede consultarse la noticia "Los archivos, agentes activos de transparencia" de Joaquín Estopón Gómez, jefe archivero del Sistema Municipal de Archivos de Barcelona. Puede consultarse aquí la noticia: http://lameva.barcelona.cat/bcnmetropolis/dossier/els-arxius-agents-actius-de-transparencia/?utm_content=buffer87b4e&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer (consultado el 25/02/2018).

[23] Xavier Sancliment, Implementación Práctica de la Ley de Transparencia en los Ayuntamientos, 147.

[24] David Seara, La transparencia y la administración local: la ordenanza tipo de la Federación Española de Municipios y Provincias, ibid, 20.

[25] Se puede consultar a modo de ejemplo el portal de transparencia del Ayuntamiento de Borriol: http://borriol.sedelectronica.es/transparency/ (consultado el 15/3/2017). Además, cabe destacar que este portal es compatible con servidores de gestión administrativa, como EsPúblic Gestiona, que es uno de los más utilizados en la provincia de Castelló, como se indica en estas estadísticas: http://info.gestiona.espublico.com/clientes/castellon/ (consultado el 15/3/2018).

[26]A este respecto puede consultarse la noticia del periódico El Mundo del año 2011 con título "España no tiene 'transparencia'" donde se analiza que nuestro país es de los últimos de Europa en hacer una verdadera rendición de cuentas hacia su ciudadanía. El enlace al artículo es este: http://www.elmundo.es/elmundo/2011/09/27/espana/1317102129.html (consultado el 19/3/2018).

[27] Puede accederse al mencionado Convenio a través del siguiente enlace: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_consejo_europeo.pdf (consultado el 20/3/2018).

[28] Antonio Troncoso, La protección de datos personales. En busca del equilibrio, 717.

[29]El índice con estos indicadores se puede consultar en la siguiente dirección: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/02/cuadro_indicadores_ita-2017.pdf (consultado el 18/02/2018).

este respeto el Ayuntamiento de Altura[31], que además emite los vídeos de las sesiones plenarias en directo, una verdadera oportunidad para poder hacer llegar lo que en ellos se habla al resto de la ciudadanía.

El pleno municipal ha sido uno de los ejes sobre los que los ayuntamientos de la provincia de Castelló han apostado para hacerlos más transparente, ya que como se ha indicado en el apartado de información institucional del presente texto, ayuntamientos como Borriana o Almassora, entre otros, incluyen la posibilidad de que la ciudadanía pueda formular preguntas directas a los concejales a través de un formulario que, dependiendo de la institución se debe presentar con más o menos anterioridad a la celebración de la sesión plenaria. Esto implica, por primera vez, que la ciudadanía pueda preguntar a los responsables locales y estos deban responder en un foro público, por tanto, nos acercamos casi al lema de "luz y taquígrafos" que tradicionalmente se adjudica al Parlamento estatal, pero en este caso aplicado al ámbito local.

La agenda de la persona que ostenta la alcaldía también es uno de los puntos fuertes de la transparencia por el que muchos consistorios están apostando. Un ejemplo, entre muchos otros, lo encontramos en el Ayuntamiento de Peníscola, donde se muestra una relación detallada de las reuniones y actos del alcalde.

No es exigencia de las normas de transparencia que se publiquen los regalos recibidos por los concejales y concejalas de un consistorio, por ello, hacerlo implica ir un paso más allá de la transparencia en los entes locales. El Ayuntamiento de Segorbe[33] es uno de los que lo publica y además, con fotografías.

Los medios de comunicación son un gran método para conseguir hacer llegar las políticas públicas al conjunto de la ciudadanía de un municipio. Aquí tienen un papel predominante las redes sociales de los consistorios, que permiten una mayor interacción de la ciudadanía con los y las responsables políticos. Destaca en este ámbito el Ayuntamiento de Borriana[34], que incluso publica periódicamente un boletín en asuntos de transparencia con el eslogan "Aclaremos cuentas!" una forma rápida de poder estar enterado de todo lo que afecta a este municipio.

En esta línea, el Ayuntamiento de Moncofa ha creado la plataforma "MoncofaConnecta[35] que permite enviar información municipal a las personas inscritas en una lista de distribución de Whatsapp para informarles de los asuntos de Moncofa. Un método semejante es otro tipo de aplicaciones que permiten remitir una información periódica a la vecindad de los pueblos, como es el caso de la aplicación de la Diputación de Castelló y otros semejantes que permite realizar una especie de bando electrónico.

El sistema del Ayuntamiento de Borriol llamado "Concejal número 14"[36] es un ejemplo de mecanismo que permite que los ciudadanos se comuniquen de forma rápida con la administración para hacer llegar sus propuestas al consistorio, así se garantiza la participación ciudadana, hecho que también favorece la transparencia local.

El último punto donde podemos alcanzar nuevas formas de hacer más transparente una entidad local es a través de sus presupuestos. Numerosos ayuntamientos han apostado por los presupuestos participativos, donde se pregunta a la ciudadanía en qué partidas considera que hay que hacer una mayor inversión de dinero. Como ejemplo podemos señalar el Ayuntamiento de Almassora[37], que ya ha realizado esta práctica en más de una ocasión y permite que los ciudadanos y ciudadanas puedan seleccionar la preferencia de gasto económico del consistorio. Por indicar otro ejemplo de la provincia de Castelló encontramos el caso de Benicarló, que a través de la plataforma "Benicarló Participa"[38] también ha creado esta iniciativa para abrir el gasto municipal a la ciudadanía y que esta pueda elegir sobre el destino de los fondos municipales. Otra opción de garantizar la rendición de cuentas con los presupuestos municipales es la iniciativa del Ayuntamiento de Borriana[39], que también ha creado un vídeo sobre cómo se destinan los fondos del consistorio, de una manera muy intuitiva, y que implica un paso más en favor de la transparencia local.

Hay que destacar que de la misma manera que se hace participar a la ciudadanía de la elaboración de los presupuestos, es importante fomentar la transparencia en la preparación de otros planes municipales, como pueden ser los planes de igualdad de oportunidades (PIO); como indica Rigat-Pflaum[40] se trata sin duda de voluntad política que la sociedad civil participe mucho más activamente en este proceso (si bien, como se ha indicado ya, hay normas que exigen crear procesos de audiencia pública), pero si deciden dar un paso más adelante, implica la oportunidad de poder

[30] Pueden consultarse los vídeos de los plenos del Ayuntamiento de Alcalà de Xivert en este enlace: https://www.youtube.com/playlist?list=PL9iQT3bTl-iGz2c-qooO2ZhkUBcI0LJrEU y las sesiones del Ayuntamiento de Almenara en este otro: http://www.almenara.es/?page_id=4422 (consultados el 29/2/2018).
[31]Pueden consultarse los vídeos del Ayuntamiento de Altura en este enlace: https://www.youtube.com/channel/UCmtaY662zoM9TJFOKG8q_vw (consultado el 29/2/2018).
[32] Se puede consultar el portal de transparencia del Ayuntamiento de Peníscola, de el apartado de agenda, en este enlace: http://va.peniscola.org/ver/8948/Agenda-alcalde-2017.html (consultado el 29/02/2018).
[33]Se pueden consultar los regalos que han recibido los y las políticas del Ayuntamiento de Segorbe en este web: http://transparencia.segorbe.es/regalos/ (consultado el 18/02/2018).
[34] Para a acceder la boletín de transparencia se puede seguir el siguiente enlace: http://www.burriana.es/index.php/es/actualidad/boletin-transparencia (consultado el18/02/2018).
[35] Puede obtenerse información sobre este sistema de comunicación del Ayuntamiento de Moncofa a través del siguiente enlace: http://moncofa.com/servicio-de-atencion-al-ciudadano/ (consultado el 04/03/2018).
[36]Se puede consultar la propuesta del Ayuntamiento de Borriol en este enlace: http://borriol.es/ca/page/regidor-num-14 (consultado el 27/02/2018).

hacer que la voz de la ciudadanía esté verdaderamente en las políticas de igualdad locales.[41]

Para concluir este epígrafe, hay que hacer referencia a la respuesta que el Gobierno de España dio a una senadora que le consultó cuáles eran las acciones que pretendían llevar a cabo el ejecutivo para fomentar el cumplimiento de la transparencia activa a los entes locales españoles[42]. El Gobierno respondió que aún siendo unas obligaciones que dependen únicamente de los consistorios el Ministerio de Hacienda y Función Pública, en uso de sus competencias de promoción de la cooperación con otras administraciones públicas en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones, había diseñado y puesto en marcha un conjunto de infraestructuras y servicios comunes abiertos a su utilización por las diferentes administraciones públicas españolas. Así, los ayuntamientos tienen a su alcance una serie de plataformas gratuitas y otros mecanismos elaborados por el Gobierno central con el objetivo de poder cumplir con más éxito todas las obligaciones en materia de publicidad activa.

[37] Para ver el mecanismo de estos presupuestos participativos en el Ayuntamiento de Almassora hay que acceder al siguiente enlace: http://www.almassora.es/ca/page/pressupostos-participatius-2017 (consultado el 4/11/2017).
[38]Los resultados de las últimas encuestas sobre los presupuestos participativo del municipio de Benicarló pueden consultarse aquí: http://www.benicarloparticipa.es/resultats/ResultatFINALVotacionsWEB.pdf (consultado el 4/11/2017).
[39]Se puede consultar este vídeo del Ayuntamiento de Borriana en el siguiente enlace: https://www.youtube.com/watch?list=PLLFLIClaTKxKUgkP-cbajD6C2o-HxzcsA1&v=yaXdKX-F-XQ (consultado el 5/02/2018).
[40]María Rigat-Pflaum, La planificación de género en el ámbito municipal. Una propuesta de elaboración participativa de un plan de igualdad de oportunidades a nivel local, 160.
[41]A este respecto se puede profundizar en un artículo sobre "Transparencia e igualdad de género en las entidades locales" publicado al Boletín nº 26 del año 2017 de la Fundación Isonomía de la UJI, donde se señala la importancia de poner en contacto estos dos conceptos en los ayuntamientos. Se puede consultar el Boletín en el siguiente enlace: http://isonomia.uji.es/redisonomia/boletin-red-isonomia/ (consultado el 29/11/2017).
[42] La pregunta escrita al Gobierno realizada por la senadora Yaiza Castilla (Grupo Mixto) puede consultarse en línea en este enlace: http://www.senado.es/web/expedientdocblobservlet?legis=12&id=44293 (consultado el 23/03/2018).

Bibliografía

A este respecto puede consultarse la noticia del periódico El Mundo del año 2011 con título "España no tiene 'transparencia'" donde se analiza que nuestro país es de los últimos de Europa en hacer una verdadera rendición de cuentas hacia su ciudadanía. El enlace al artículo es este: http://www.elmundo.es/elmundo/2011/09/27/espana/1317102129.html (consultado el 19/3/2018).

A este respecto puede consultarse: Lucía Sánchez y Miguel Corchero, Régimen sancionador en materia de transparencia y buen gobierno local, 11-13.

A este respecto se puede profundizar en un artículo sobre "Transparencia e igualdad de género en las entidades locales" publicado al Boletín nº 26 del año 2017 de la Fundación Isonomía de la UJI, donde se señala la importancia de poner en contacto estos dos conceptos en los ayuntamientos. Se puede consultar el Boletín en el siguiente enlace: http://isonomia.uji.es/redisonomia/boletin-red-isonomia/ (consultado el 29/11/2017).

A este respeto puede consultarse la noticia "Los archivos, agentes activos de transparencia" de Joa A este respecto puede consultarse la noticia del periódico El Mundo del año 2011 con título "España no tiene 'transparencia'" donde se analiza que nuestro país es de los últimos de Europa en hacer una verdadera rendición de cuentas hacia su ciudadanía. El enlace al artículo es este: http://www.elmundo.es/elmundo/2011/09/27/espana/1317102129.html (consultado el 19/3/2018).

A este respecto puede consultarse: Lucía Sánchez y Miguel Corchero, Régimen sancionador en materia de transparencia y buen gobierno local, 11-13.

A este respecto se puede profundizar en un artículo sobre "Transparencia e igualdad de género en las entidades locales" publicado al Boletín nº 26 del año 2017 de la Fundación Isonomía de la UJI, donde se señala la importancia de poner en contacto estos dos conceptos en los ayuntamientos. Se puede consultar el Boletín en el siguiente enlace: http://isonomia.uji.es/redisonomia/boletin-red-isonomia/ (consultado el 29/11/2017).

A este respeto puede consultarse la noticia "Los archivos, agentes activos de transparencia" de Joaquín Estopón Gómez, jefe archivero del Sistema Municipal de Archivos de Barcelona. Puede consultarse aquí la noticia: http://lameva.barcelona.cat/bcnmetropolis/dossier/els-arxius-agents-actius-de-transparencia/?utm_content=buffer87b4e&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&ut°m_campaign=buffer (consultado el 25/02/2018).

Antonio Troncoso, La protección de datos personales. En busca del equilibrio, 717.

Danie Kaufmman, Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción, Disponible en línea: https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2005/09/pdf/basics.pdf (consultado el 8 de febrero de 2017).

Daniel Kaufmman y Ana Bellver, Transparenting Transparency: Initial Empíricos and Policy Aplications, 43.

David Seara, La transparencia y la administración local: la ordenanza tipo de la Federación Española de Municipios y Provincias, 9.

David Seara, La transparencia y la administración local: la ordenanza tipo de la Federación Española de Municipios y Provincias, ibid, 20.

El índice con estos indicadores se puede consultar en la siguiente dirección: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/02/cuadro_indicadores_ita-2017.pdf (consultado el 18/02/2018).

Emilio Guichot, Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local, 109-110.
Francisco Toscano, La regulación local de la transparencia, 60.

Jesús Rodríguez y Miguel Ángel Sendín, Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, 117-129.

Juan Miguel Márquez, Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local, 196.
La pregunta escrita al Gobierno realizada por la senadora Yaiza Castilla (Grupo Mixto) puede consultarse en línea en este enlace: http://www.senado.es/web/expedientdocblobservlet?legis=12&id=44293 (consultado el 23/03/2018).

Los resultados de las últimas encuestas sobre los presupuestos participativo del municipio de Benicarló pueden consultarse aquí: http://www.benicarloparticipa.es/resultats/ResultatFINALVotacionsWEB.pdf (consultado el 4/11/2017).

M. Concepción Campos, Implementación de la LT en los Ayuntamiento (I). Aspectos jurídicos y organizativos, ibid., 126.

M. Concepción Campos, Implementación Práctica de la Ley de Transparencia en los Ayuntamientos, 112.
M. Concepción Campos, Las claves de la transparencia en el 2016: propósitos para el primer año de la transparencia local, 2.

M. Teresa Balaguer y M. Isabel Brun, La transparencia en las administraciones locales españolas, 7-8. Disponible en línea: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/

handle/10234/164428/Balaguer_2016_Transparencia.pdf?sequence=1 (consultado el 2/2/2018).

M. Teresa Balaguer y M. Isabel Brun, La transparencia en las administraciones locales españolas, ibid., 8.

María Rigat-Pflaum, La planificación de género en el ámbito municipal. Una propuesta de elaboración participativa de un plan de igualdad de oportunidades a nivel local, 160.

Mariano Ayuso, La versión valenciana de la Ley de transparencia. Disponible en línea: http://valencianews.es/opinion/la-version-valenciana-de-la-ley-de-transparencia/ (consultado el 15/02/2018).

Para a acceder la boletín de transparencia se puede seguir el siguiente enlace: http://www.burriana.es/

DERECHO INTERNACIONAL

INSOLVENCY-RELATED ACTIONS UNDER EUROPEAN UNION LAW:

The Evolution of European and French jurisprudence on matters of jurisdiction and recognition of judgements

SANDRA LÓPEZ | Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

RESUMEN: Este documento abordará los actuales problemas de delimitación en materia de acciones relacionadas con la insolvencia tal que definidas por la legislación europea así como "otras sentencias" relacionadas con una acción en materia civil y mercantil. A este fin, serán analizadas las fluctuaciones en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea y de la Corte de casación francesa. Asimismo, se evaluarán las evoluciones en este ámbito consagradas en el nuevo Reglamento europeo sobre la insolvencia (Reglamento N ° 2015/848).

Palabras Clave: Derecho europeo de la insolvencia — Regulación de la insolvencia — Sentencias relacionadas con la insolvencia, jurisdicción, reconocimiento y ejecución — Ley francesa de procedimientos de insolvencia.

ABSTRACT: This paper shall address the ongoing delimitation issues pertaining to insolvency-related actions as defined under European Insolvency Regulation and "other judgements" related to an action in civil and commercial matters. It will do so by analysing the fluctuations in the jurisprudence of both the Court of Justice of the European Union and the French Court of cassation, as well as by assessing the advancements in the area of insolvency-related actions enshrined in the new Insolvency Regulation (Regulation No. 2015/848).

Key Words: European Insolvency Law — Recast Insolvency Regulation — Insolvency-related judgements, Jurisdiction, Recognition and enforcement — Judicial cooperation in civil matters – French Law on Insolvency Proceedings.

Recepción: 27.11.2017 Aceptación: 10.03.2018

One of the main contributions of Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings (hereinafter referred to as "Regulation No 1346/2000") is the principle of automatic recognition of insolvency proceedings. This principle was restated by Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) (hereinafter "Regulation No 2015/848"). Indeed, Article 19 of the latter provides for the immediate recognition, in all other Member States and without any procedural formality or publicity requirements, of the decision to open (principal) insolvency proceedings by a competent authority of a Member State. This rule shall also apply where *"on account of a debtor's capacity, insolvency proceedings cannot be brought against that debtor in other Member States"*.[1]

This principle of recognition extends beyond the principal insolvency procedure. Indeed, the secondary procedure also enjoys full recognition in all the other Member States, even if its effects are limited to the territory of the State of initiation of secondary proceedings. Moreover, Article 25(1) of Regulation No. 1346/2000 and Article 32 of Regulation No. 2015/848 extend that principle to judgements *"which concern the course and closure of insolvency proceedings, and compositions approved by that court"*.[2] The same is true for so-called insolvency-related actions, defined as *"judgments deriving directly from the insolvency proceedings and which are closely linked with them, even if they were handed down by another court"*.[3]

Under Regulation No. 1346/2000, both the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as "CJEU") and the French Court of cassation have sought, through their jurisprudence, to clarify the consistency of the principle of recognition. More precisely, they have attempted to delimit the scope of the European Insolvency Regulation and to distinguish it from that of Regulation No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters[4] (now Regulation No. 1215/2012,[5] hereinafter referred to as "Brussels I bis Regulation"). Their attempts have nonetheless paved the way for an inconsistent (or even contradictory) jurisprudence. The 2015 reform of the European Insolvency Regulation addressed some of these jurisprudential developments either by enshrining specific jurisprudential principles in the text of Regulation No. 2015/848, or by maintaining the provisions of the previous regulation. Despite the developments enacted via the new Insolvency Regulation, uncertainties around the jurisdiction over and the recognition of insolvency-related actions remain.

Article 25(1) subparagraph 2 of Regulation No. 1346/2000 provided for the immediate recognition of "*judgments deriving directly from the insolvency proceedings and which are closely linked with them, even if they were handed down by another court*" – thereby recalling the formulation adopted by the CJEU in the *Gourdain v. Nadler* case.[6] This provision refers to the recognition of judgements alone. No direct reference is made to the question of jurisdiction – and more specifically to the question of whether jurisdiction to decide on insolvency-related actions should be determined on the basis of the European Insolvency Regulation or on that of the Brussels I (now Brussels I bis) Regulation.

This gap was filled by the CJUE in the *Seagon v.* Deko Marty case, whose contribution was confirmed and clarified by two subsequent CJEU judgments of 2009.[8]It follows from this jurisprudential construction that the courts of the Member state where the insolvency proceedings have been opened have jurisdiction over the insolvency-related actions. It also follows that, an action that is not based on the provisions of national law specifically governing insolvency proceedings, and that could have been initiated outside any insolvency procedure, falls within the scope of the Brussels I (now (now Brussels I bis) Regulation.

This jurisprudence was systematised by the CJEU in the Nickel judgment of September 4, 2014,[9] in which the CJEU drew up a general criterion of distinction between the material scope of the Insolvency Regu

[1] Regulation No 2015/848, Article 19(1) subparagraph 2.
[2] Regulation No. 2015/848, Article 32(1)
[3] Regulation No. 2015/848, Article 32(1) subparagraph 2
[4] Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters
[5] Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).
[6] CJEU Case C-133/78 re Henri Gourdain v Franz Nadler [1979].
[7] CJEU Case C-339/07 re *Christopher Seagon, in his capacity as liquidator in respect of the assets of Frick TeppichbodenSupermärkte GmbH v Deko Marty Belgium* NV. [2009].
[8] CJEU Case C-111/08 re SCT I*ndustri AB ilikvidation v Alpenblume AB. [2009]; CJEU Case C-292/08 re German Graphics GraphischeMaschinen GmbH v. van de Schee acting as liquidator of Holland Binding* BV. [2009].
[9] CJEU Case C-157/13 re *Nickel &GoeldnerSpedition* GmbH v 'Kintra' UAB[2014].

lation and that of the Brussels I Regulation. According to the Court of Justice, the fundamental criterion is the "legal basis of the action", which requires to determine "whether the right or the obligation which respects the basis of the action finds its source in the common rules of civil and commercial law or in the derogating rules specific to insolvency proceedings."[10] This interpretation was echoed by the social chamber of the Court of Cassation in a judgment of 28 October 2015.[11] Nonetheless, this construction was later called into question by the CJEU's H v. H.K. judgment of December 4, 2014[12] which makes a disputable extension of the material scope of the Insolvency Regulation by considering that, since the contested action requires a state of insolvency, it derives directly from the insolvency proceedings and is closely linked with them.

The recast Regulation of 2015 aimed at clarifying the regime of insolvency-related actions as pertaining to matters of jurisdiction and recognition. On this issue, Regulation No 2015/848 has achieved a genuine jurisprudential consecration. Indeed, henceforth, Article 6 of the recast Regulation envisions insolvency-related actions on the angle of jurisdiction and not only in the context of recognition. In doing so, this article enshrined the jurisprudential construction initiated by the *Seagon v. Deko Marty* judgement.

Although crucial, the advancements brought about by the recast Insolvency Regulation are insufficient, for they fail to clarify a number of critical issues concerning the notion of insolvency-related actions. Indeed, the elements of definition provided by the *Gourdain* judgement (above-cited) have repeatedly proven to be scant. However, the recast Regulation is silent as for any supplementary criterion of definition. This gap in the reform comes into view, for instance, when one studies the solution adopted by the CJEU in the *German Graphics* judgment of 2009 (above-cited).[13]

In France, the persistence of these uncertainties has recently been illustrated by two judgments rendered by the social chamber and the commercial chamber of the French Court of Cassation. The chambers were faced with two almost identical questions, respectively concerning an action for damages launched by an employee[14] and an action for unfair competition.[15] In both cases, the applicants invoked the same grounds, namely former Article 1382 of the French Civil Code. The question was whether the contentious extra-contractual actions derived directly from the insolvency proceedings and were closely linked with them. Despite the similarities in the facts, the chambers adopted completely different solutions.

Indeed, in its Nortel judgment of January 10, 2017, the social chamber aligned its position with the CJUE's H v. H.K. jurisprudence (above-cited), having held that the action for damages brought by an employee was directly linked to the principal insolvency proceedings on the basis of Article 3 of Regulation No 1346/2000, since it had been "*introduced in the context of the insolvency proceedings*". The social chamber therefore censured the court of appeal that had accepted its own jurisdiction on the basis of Article 5 of the Brussels I Regulation, which referred to the law of the place where the harmful event occurred.

Inversely, in its Tuncker judgment of November 29, 2016, the commercial chamber of the Court of Cassation followed a different path than that of the social chamber, despite being faced with a similar question. In this dispute, the commercial tribunal of Paris had declared to have jurisdiction over an action for unfair competition launched by a French company against, on the one hand, a German company subject to insolvency proceedings in Germany, and on the other hand, the latter's French subsidiary. The German company and its French subsidiary argued, on the grounds of Article 3 of Regulation No. 1346/2000, that the contentious action derived directly from the insolvency proceedings in Germany and was closely linked with them, the competent court therefore being the German court which opened the principal insolvency proceedings. The commercial chamber preferred to stay the proceedings and request a preliminary ruling to the CJEU. In its question, the commercial chamber used the specific terms of "*common law action*", thereby directly referring to the *Nickel* judgement (above-cited). The chamber's preliminary question gave the CJEU the opportunity to abandon its H v. H.K. jurisprudence and return to the *Nickel* principle.[16]

The CJUE responded with the *Tünkers France* judgment of November 9, 2017,[17] whereby it stated that:

[10] CJEU Case C-157/13 re *Nickel &GoeldnerSpedition* GmbH v 'Kintra' UAB[2014], paragraph 27.
[11] Cass. soc., 28 oct. 2015, n° 14-21319.
[12] CJEU Case C-295/13 re H v H.K. [2014].
[13] The position adopted by the CJEU in this judgement could be different nowadays if it was considered, following the H v. H.K. judgment of 2014, that the possibility of the contentious action being exercised outside insolvency proceedings is irrelevant.
[14] Cass. soc., 10 janv. 2017, n° 15-12.284, aff. Nortel :JurisData n° 2017-000220.
[15] Cass. com., 29 nov. 2016, n° 14-23.273, aff. *Tuncker*.
[16] Michel Menjucq, 'Tribunal compétent en matière d'action en responsabilité délictuelle contre le débiteur' in *Revue des procédures collectives* n° 3, Mai 2017, comm. 61.

"Article 3(1) of [Regulation No 1346/2000] must be interpreted as meaning that an action for damages for unfair competition by which the assignee of part of the business acquired in the course of insolvency proceedings is accused of misrepresenting itself as being the exclusive distributor of articles manufactured by the debtor does not fall within the jurisdiction of the court which opened the insolvency proceedings."[18]

This judgment thus seems to mark a welcomed return to the *Nickel* jurisprudence. Furthermore, given that a textual definition of the concept of insolvency-related action is now enshrined by the provisions of the recast Insolvency Regulation, the somewhat 'flexible' interpretation of this concept previously retained by the CJEU would no longer be compatible with the requirements of Article 6 of said Regulation.[19]

BIBLIOGRAPHY

European Union Texts

European Comission, Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings.

European Parliament and European Council, Regulation (EU) 2015/848 of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast).

European Parliament and European Council, Regulation (EU) No. 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).

CJEU Caselaw

CJEU Case C-133/78 re Henri Gourdain v Franz Nadler [1979].

CJEU Case C-339/07 re Christopher Seagon, in his capacity as liquidator in respect of the assets of Frick TeppichbodenSupermärkte GmbH v Deko Marty Belgium NV. [2009].

CJEU Case C-111/08 re SCT Industri AB ilikvidation v Alpenblume AB. [2009]; CJEU Case C-292/08 re German Graphics GraphischeMaschinen GmbH v. van de Schee acting as liquidator of Holland Binding BV. [2009].

CJEU Case C-157/13 re Nickel &GoeldnerSpedition GmbH v 'Kintra' UAB[2014].

CJEU Case C-295/13 re H v H.K. [2014].

CJEU Case C-641/16 re Tünkers France and TünkersMaschinenbau GmbH v Expert France [2017].

French Court of Cassation Caselaw

Cass. soc., 28 oct. 2015, n° 14-21319.

Cass. soc., 10 janv. 2017, n° 15-12.284, aff. Nortel :JurisData n° 2017-000220.

Cass. com., 29 nov. 2016, n° 14-23.273, aff. Tuncker.

Doctrine

Menjucq, M. '*Tribunal compétent en matière d'action en responsabilité délictuelle contre le débiteur*' in Revue des procédures collectives n° 3, Mai 2017, comm. 61.

Robine, D. '*Les actions connexes*' in F. Jault-Seseke et D. Robine (dir.), Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?, Lextenso, 2015.

[17] CJEU Case C-641/16 re Tünkers France and *TünkersMaschinenbauGmbH* v Expert France [2017].
[18] CJEU Case C-641/16 re *Tünkers France and TünkersMaschinenbauGmbH* v Expert France [2017], Dispositif.
[19] David Robine, 'Les actions connexes' in F. Jault-Seseke et D. Robine (dir.), *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?* Lextenso, 2015, 61.

Institutional Barriers to the Repatriation of the Cultural Property of States within the Framework of the 1970 UNESCO Convention

VANESA MENÉNDEZ MONTERO
Leiden University

ABSTRACT: International cultural heritage law in general, and the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property in particular, do not have a specific dispute settlement mechanism of norm enforcement. States have had to resort to alternative mechanisms to judicial dispute settlement when bringing its claims for repatriation, along with extensive diplomatic requests. Consequently, repatriation has become in practice a matter relied upon the will of the current possessor –usually the wealthiest nations–. It is the aim of this article to point out, through the analysis of repatriation cases, which institutional barriers, if any, prevent a uniform and safe practice when it comes to the repatriation of cultural property of States within the framework of the 1970 UNESCO Convention and provide some light about which prospective solutions can be raised on this specific issue.

Key Words: **Cultural Property, Repatriation, International Dispute Settlement.**

Recepción: 13.02.2018 Aceptación: 10.04.2018

Introduction

International cultural heritage law in general, and the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property ('1970 UNESCO Convention')[1] in particular, do not have a specific dispute settlement mechanism of norm enforcement.[2] This situation contrasts with other branches of international law under the system of United Nations, such as the law of the sea[3] or international commercial law.[4]

The 1970 UNESCO Convention has the object and purpose of protecting the cultural heritage of States by inhibiting the illicit international trade in cultural objects.[5] In order to do so, it prescribes both a prospective and retrospective obligation: to prevent the importation of such objects, to restrain the flow of cultural property from source nations to market nations;[6] and, in the event this obligation has been breached, to facilitate their return to the former nations.[7] This way, the abolishment of disputes and litigation through the compliance with the treaty-based good faith obligations would ideally lead towards the international understanding of States.[8] So far, it is important to mention, 134 States have committed to these duties by acceding to the 1970 UNESCO Convention.[9]

To great extent, Articles 2(2), 7(b)(ii), 13(b)(c)(d) and 15 of the 1970 UNESCO Convention appeal to the States Parties to deal with the matter of repatriation of cultural objects by "helping to make the necessary reparations", "taking the appropriate steps to recover and return", facilitating the recovery consistently with their domestic law and concluding "special agreements among themselves [...] regarding restitution of cultural property removed". Additionally, the reliance on diplomatic requests for repatriation is slightly balanced through the good offices of UNESCO, as enshrined in Article 17(5). This situation was justified in light of the alleged absence of a strong tradition for the judicial settlement of such disputes in cultural matters.[10] However, the only subsidiary means of judicial dispute settlement provided in the travaux préparatoires of the 1970.

UNESCO Convention–but not included in the treaty itself–was arbitration, with no reference to adjudicative institutions whatsoever.[11]

Consequently, in response to this absence, States have resorted to alternative mechanisms to judicial dispute settlement when bringing their claims for repatriation of their cultural objects. On the one hand, they used–only when the specific conditions were met–the borrowed fora provided by human rights courts, international criminal jurisdictions and international arbitration.[12] On the other hand, vertical mechanisms of interaction between national and international courts and tribunals have been articulated.[13] Therefore, the fact that there has been no tradition for the judicial settlement of cultural disputes by States Parties could be called into question since they do not have any specific institution available under the 1970 UNESCO Convention for this purpose.

Furthermore, the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation ('ICPRCP'), which is the result of an internal decision of the Organization rather than an institutional organ of the 1970 UNESCO Convention, is severely under-utilized.[14] As a result of this fragmentation in the enforcement of the 1970 UNESCO Convention's norms, repatriation has become in practice a matter relied upon the will of the current possessor; and other non-state actors have taken further actions in this field.[15]

It is the aim of this article to point out the concrete institutional barriers, if any, that prevent a uniform and safe practice when it comes to the repatriation of cultural property of States within the framework of the 1970 UNESCO.

---

[1] Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (adopted 14 November 1970, entered into force 24 April 1972) 823 UNTS 231.
[2] Francesco Francioni, 'Plurality and Interaction of Legal Orders in the Enforcement of Cultural Heritage Law' in J. Gordley, F. Francioni (eds) *Enforcing International Cultural Heritage Law* (2013), 17.
[3] Part XV of the United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3.
[4] United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, as Revised in 2010* (United Nations, 2011).
[5] 1970 UNESCO Convention Preamble and art 2; Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Ownership of Cultural Property (UNESCO, 19 November 1964) *Considering* n 2.
[6] 1970 UNESCO Convention Preamble and art 7(a); John H. Merryman, 'Two Ways of Thinking About Cultural Property' (1986) 80 AJIL 831, 843.
[7] 1970 UNESCO Convention art 13.
[8] Subsidiary Committee of the Meeting of States Parties to the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Cultural Property (UNESCO, Paris, 1970) [6].
[9] UNESCO <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=E> accessed 27 January 2018.
[10] Subsidiary Committee of the Meeting of States Parties to the 1970 UNESCO Convention [16].
[11] ibid.
[12] F. Francioni (n 2), 18-19.
[13] Ibid, 20.
[14] Ibid, 17.
[15] As an example, the International Council of Museums (ICOM) and the Red List, in <http://icom.museum/resources/red-lists-database/> accessed 27 January 2018.

Convention. However, due to the limited time and space of this work, I will focus on the issue of effective repatriation of cultural objects–as defined in Article 1–removed during peacetime from 1970 onwards[16], or before 1970 if there is a special agreement among the concerned State Parties.[17] Therefore, it will exclude the possible interaction between public and private international law in certain restitution disputes,[18] to focus only on the purely public character.

This necessarily excludes the repatriation of objects of underwater cultural heritage, which find its regulation under the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage. Likewise, claims for repatriation of objects removed during the occupation of a country by a foreign power or by a State responsible for the international relations of a territory will be examined,[20] while those removed during wartime will be excluded from the analysis.[21]

Ultimately, through the brief analysis of the repatriation cases that have been already addressed by the different courts, tribunals and other offices at the international level, some light will be provided about which prospective solutions can be raised on this specific issue of effective repatriation of the States' cultural property. To this latter respect, a presumption is made: cultural property, contrarily to what some scholars defend,[22] should be granted a different treatment than the ordinary property of States under international law.

The Available Legal Mechanisms and Procedures for Repatriation of Cultural Property in light of the 1970 UNESCO Convention

As outlined above, the 1970 UNESCO Convention does not provide any forum for the judicial settlement of disputes concerning the repatriation of the States Parties' cultural objects. On the contrary, it only states that requests for recovery and return of cultural objects shall be made through diplomatic offices[23]–with the necessary support of the competent services at the national level–,[24] or through the conclusion of a special agreement between the States concerned.[25]

This raises concerns about the narrow scope provided by the 1970 UNESCO Convention, which limits to a large extent the number of stolen objects that can be subject to repatriation. Not only because the requesting State must exhaust the diplomatic channels in the first place, but also because there are many other requirements that need to be satisfied. Firstly, the cultural object must be documented; secondly, it must have been imported after the date on which both States became party to the Convention; thirdly, the requesting State might pay just compensation to whomsoever had valid title to that property; and lastly, the requesting State should furnish the documentation necessary to establish its claim for repatriation.[26]

Due to these restrictions, the International Court of Justice ('ICJ') has rarely had an opportunity to address the question of repatriation of cultural property, and always has done so as a complementary matter outs de the application of the 1970 UNESCO Convention.

A) Cases of Repatriation before the International Court of Justice

Certainly, the ICJ has never dealt with the repatriation of cultural property as a primary issue put forward by any State before it. However, there are some cases in which the ICJ had to decide over the cultural property of States to the dispute, under different circumstances.

In the Temple of Preah Vihear case, the Court ruled that Thailand was under an international obligation to restore to Cambodia "any sculptures, stelae, fragments of monuments, sandstone model and ancient pottery which might, since the date of the occupation of the Temple by Thailand in 1954, have been removed from the Temple or the Temple area by the Thai authorities".[27] However, as the removal was made before the entry into force of the 1970 UNESCO Con-

[16] As a matter of the 1970 UNESCO Convention, this temporal delimitation is based on Article 7(b)(ii), which call all States Parties to the Convention "to take appropriate steps to recover and return any such cultural property imported after the entry into force of this Convention in both States concerned". Therefore, only cases of repatriation of cultural objects illicitly imported, exported or transferred will be addressed.
[17] In application of the provision contained in Article 15 1970 UNESCO Convention.
[18] As regulated under UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (1995) 2421 UNTS 457
[19] By virtue of its Article 1, underwater cultural heritage means "means all traces of human existence having a cultural, historical or archaeological character which have been partially or totally under water, periodically or continuously, for at least 100 years" This includes, between others, artefacts, vessels and aircrafts with their archaeological and natural context, and objects of prehistoric character. Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage (adopted 2 November 2001, in force 2 January 2009), UNESCO Doc.31C/Resolution 24; (2002) 41 ILM 37.
[20] As prescribed in Articles 11 and 12 1970 UNESCO Convention.
[21] Precisely, the remove of cultural property in the event of armed conflict fall within the scope of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict ('1954 Hague Convention') (adopted 14 May 1954, in force 7 August 1956) 249 UNTS 240.
[22] For instance, Eric A. Posner, 'The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations' (2006) 141 Public Law and Legal Theory Working Paper, 1.
[23] 1970 UNESCO Convention art 7(b)(ii).
[24] Ibid art 13(b).
[25] Ibid art 15.
[26] For example, Mayan remains in Belize, El Salvador, Guatemala, Honduras and Mexico. Subsidiary Committee of the Meeting of States Parties to the 1970 UNESCO Convention [79].

vention between the parties, the Court could not rely on its application when deciding over the restitution. Instead, in the Request for Interpretation in 2013, the Court mentioned the 1972 UNESCO Convention in order to stress the religious and cultural significance of the Temple for the peoples of the region. Consequently, it ordered the parties to cooperate between themselves and with the international community in the protection of the Temple, refraining from cause any damage to it and ensuring its access.[28]

In regard to the Genocide case, the Court addressed the question of destruction of cultural property in the framework of genocide. It declared that, "although such destruction may be highly significant inasmuch as it is directed to the elimination of all traces of the cultural or religious presence of a group, and contrary to other legal norms, it does not fall within the categories of acts of genocide set out in Article II of the Convention".[29] Still, given the circumstances of the case, these "other legal norms" refer to the rules set in the 1954 Hague Convention, applicable in the event of armed conflict.

Finally, as to the Case Concerning Certain Property, the Court did not address the restitution of a seventeenth-century painting owned by Prince Franz Josef II of Liechtenstein, who had to resort in the first place to the Administrative Court of Bratislava and, then, when the painting was lent by a museum in Brno to a museum in Cologne, to the German courts. Later, Prince Franz Josef II brought the case before the European Court of Human Rights, which dismissed the claim on the basis of a non-violation of Articles 6(1) and 14 of the Convention for the Protection of Human Rights. After all, however, the Court declined to exercise jurisdiction in light of Article 27(a) of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, as the requisite ratione temporis was not fulfilled.[30]

This case best illustrates the barriers a State must face when dealing with the restitution of a cultural object, even in representation of its nationals. Liechtenstein was not compensated for the expropriation of the painting, nor it was repatriated to its lawful owner. In fact, despite the painting being confiscated as a result of the Second World War,[31] repatriation would have been possible under Article 15 of the 1970 UNESCO Convention if the Parties would have agreed thereto–and Liechtenstein would have become a Party to the Convention–.[32] Nevertheless, this was not the event, and therefore, the question of repatriation still remains unsolved.

B) Cases of Repatriation before International Arbitral Tribunals

In their Principles for Cooperation in the Mutual Protection and Transfer of Cultural Material, the International Law Association advises several Alternative Dispute Resolution ('ADR') methods for settle repatriation disputes. Precisely, it mentions ad hoc arbitration and institutional arbitration as a subsidiary mechanism "if a requesting party and a recipient are unable to reach a mutually satisfactory settlement of a dispute related to a request within a period of four years from the time of the request".[33] It also refers to good offices, consultation, mediation and conciliation, which will be addressed further in Section C.

Notwithstanding the advantages offered by inter-state arbitration,[34] in practice, there has been no substantial recourse to this means when it comes to the repatriation of cultural objects.

An exception worth mentioning–albeit it does concern damages–is the Eritrea-Ethiopia Claims Commission ('EECC') constituted in light of the 2000 Peace Agreement of Algiers. Specifically, the partial award of 28 April 2004 addressed the destruction of the Stela of Matara, an obelisk of about 2,500 years old and of great historical and cultural significance for both States.[35] Eventually, the Commission concluded that Ethiopia, as the Occupying Power in the Matara

---

[27] Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) Judgment [1961] ICJ Rep 31, 1.
[28] Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) (Judgment) [2013] ICJ Rep 281 [106].
[29] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 43 [344] (emphasis added).
[30] Case Concerning Certain Property (Liechtenstein v Germany) (Preliminary Objections, Judgment) [2005] ICJ Rep 6.
[31] Case Concerning Certain Property (n 31) [13].
[32] At the time this work is being elaborated, Liechtenstein has not signed not ratified the 1970 UNESCO Convention.
[33] Principle 9, as reproduced by James A.R. Nafziger, 'The Principles for Cooperation in the Mutual Protection and Transfer of Cultural Material' (2007) 8 Chinese JIL 1, 166.
[34] In order to see the utilities of inter-state arbitration in general, J.G. Merrills, International Dispute Settlement (6th edn, Cambridge 2017) p 111-115. Regarding arbitration in international cultural, Alessandro Chechi, The Settlement of International Cultural Heritage Disputes (1st edn, Oxford 2014) 177 notes: "Arbitration may provide significant advantages in disputes concerning object requested by the State of origin because arbitrators are in a neutral posiition to decide questions of sovereignty, cultural policy, national and international law, as well as moral and ethical arguments."
[35] Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 and 22 (Eritrea v Ethiopia) (EECC Partial Award) [2004] 26 RIAA 115-153 [107].

area, was responsible for the damage[36]; and that the falling of the Stela was a violation of customary international humanitarian law, enabling the application of Article 56 Additional.

Protocol I. Therefore, Ethiopia owed compensation to Eritrea.[37] Again, the tribunal dealt with the destruction of a cultural object during wartime, making applicable the rules of jus in bello, instead of any of the UNESCO Conventions.

Still, this situation contrasts with private international arbitration, which has been used to a greater extent in order to claim the restitution of cultural objects. In this sense, the seminal case of Maria Altmann v Republic of Austria[38] provides strong evidence of the efficiency of arbitration to settle Holocaust-related art disputes.[39] Moreover, on the field of investment arbitration, ICSID tribunals have given considerable weight to the cultural heritage standards when assessing the conduct of the host state.[40] However, in these types of arbitration, the right to property is limited to the individual who initiates the proceedings against the wrongful State, with the issue of inter-state repatriation still unresolved.

C) Cases of Repatriation through Diplomatic Means

The diplomatic means of settlement of disputes, which embrace negotiation, good offices, conciliation and mediation, are deemed to be the first steps that must be taken towards the repatriation of cultural property.[41] Thus, only subsidiarily, in the event these mechanisms result ineffective, States may resort to arbitration or to the judicial organs.

As outlined supra, diplomatic means are more widely used by States in order to settle their cultural disputes. Accordingly, only the most representative cases will be analysed.

Negotiation and good offices

Negotiation has proved useful to prevent costly and lengthy litigation over stolen or illicitly exported cultural objects; evidenced by the numerous bilateral agreements concluded by source and market nations.[42] Some remarkable cases of repatriation reached under this type of agreements concern the Statue of Eirene, repatriated to Italy on the basis of the restitution agreement between Italy and the Boston Museum of Fine Arts concluded in September 2006;[43] the return of the Dancing Shiva Statue, which involved the Indian and the Australian Governments in a process performed under the 1986 Protection of Moveable Cultural Heritage. Act, which implements Australia's obligation under the 1970 UNESCO Convention;[44] and the repatriation on "ethical grounds" of the Durga Idol to India, after negotiations held by the federal State of Baden-Wurttemberg (Germany) and the Embassy of the Republic of India in Berlin in September 2015;[45] between others.

Additionally, if bilateral negotiations between the requesting and the required State fail or are suspended, they can call upon the ICPRCP, which will examine the request of return and seek alternative ways of facilitating cooperation, fostering those negotiations.[46] The most noticeable examples of repatriation under the aegis of the ICPRCP include the return of the Boğazköy Sphinx from Germany to Turkey in May 2011–a process already initiated in 1987, with the direct return of 7,000 Boğazköy cuneiform tablets–and the restitution of the Makondé Mask from Switzerland to the United Republic of Tanzania in May 2010.[47] Yet, taking into account the massive amount of cases of illicit appropriation reported every week, the ICPRCP's outcome cannot be regarded as a total success, if compared to the bilateral agreements outlined above.

Mediation and conciliation

With regard to mediation, the International Council of Museums ('ICOM') stands as a key institution. Indeed, as a non-governmental organization, it has been closely associated with the action undertaken by the ICPRCP in order to promote the restitution of cultural property to the countries of origin.[48] To this purpose,

[36] EECC Partial Award (n 36) [112].
[37] Ibid [113] – [114].
[38] Maria Altmann v Republic of Austria 142 F Supp 2d 1187 (C D Cal 1999) 317 F 3d 954 (9th Cir 2002) as amended 327 F 3d 1246 (9th Cir 2003), 541 US 677 (2004).
[39] Alessandro Chechi 'Plurality and Coordination of Dispute Settlement Methods' in J. Gordley, F. Francioni (eds) Enforcing International Cultural Heritage Law (2013), 193-194.
[40] Examples of this practice can be seen in the Glamis Gold case (2009) and in the Grand River case (2011); in F. Francioni (n 2), p 19.
[41] Alessandro Chechi (n 40), p 188.
[42] Ibid, p 189.
[43] Giulia Soldan, Raphael Contel, Alessandro Chechi, 'Case 13 Antiquities – Boston Museum of Fine Arts' Platform ArThemis <http://unige.ch/art-adr> Art-Law Centre, University of Geneva.
[44] Madeleine Frith, Ece Velioglu Yildizci, Marc-André Renold, 'Case Dancing Shiva Statue – India and National Gallery of Australia' Platform ArThemis <http://unige.ch/art-adr> Art-Law Centre, University of Geneva.
[45] Kartik Ashta, Alessandro Chechi, Marc-André Renold, 'Durga Idol – India and Germany' Platform ArThemis <http://unige.ch/art-adr> Art-Law Centre, University of Geneva.
[46] UNESCO, The Fight Against the Illicit Trafficking of Cultural Objects. The 1970 UNESCO Convention: Past and Future (November 2013), p 9.
[47] UNESCO 'Restitution of Cultural Property' <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/return-or-restitution-cases/> accessed 19 February 2018.

and in association with the World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Centre ('WIPO Centre'), it has developed a special mediation process for art and cultural heritage disputes: the Art and Cultural Heritage Mediation ('ACHM').[49]

Despite this specific institutional framework, it is not an easy task to discover the existence of a mediated claim, mainly due to the confidentiality that mediation guarantees to the State parties.[50] Therefore, in the absence of cases falling within the scope of the 1970 UNESCO Convention collected in the database of the Geneva Art Law Centre, no representative examples of inter-state mediation or conciliation can be provided. Nonetheless, there are two worth cases to mention concerning repatriation under the auspices of the ICPRCP mediation: the return of the Phra Narai lintel from the US to Thailand in 1988, and the exchange of the moulds of the respective parts of the Tyche sandstone panel from the US to Jordan in 1986.[51]

However, in spite of the advantages offered by these ADR means, occasionally they do not result suitable for dealing with all kinds of cultural disputes. Firstly, the parties must have some room for negotiation and compromise. Secondly, they ought to have a "win-win" perspective, rather than a "zero-sum" position. Thirdly, the climate should be prone to constructive bargaining and mutual concession.[52] For all these reasons, the ADR mechanisms are not a viable option where the dispute has reached a certain magnitude or in situations involving asymmetric powers,[53] which is the most likely scenario when source and market nations are involved.

D) Other Cases of Repatriation: the Role of National Courts and Regional Instruments

The initiation of legal proceedings before domestic courts is the main avenue for the settlement of the majority of transnational art cases, as that litigation ends with a definitive ruling susceptible to be enforced through state machinery. For this reason, States usually sue before foreign domestic courts by relying either on patrimony laws or export statutes.[54]

The restitution envisaged by the 1970 UNESCO Convention only covers property stolen from museums and religious or public monuments and institutions. Hence, according to Article 13(c), State parties are bound to admit actions for recovery of lost or stolen cultural objects brought by or on behalf of the rightful owners, but only to the extent this is consistent with the laws of each State. This premise is problematic, since such laws may well include immunity statutes or provisions governing the incorporation of customary international law on immunity in domestic legal systems.[55]

In effect, the 1970 UNESCO Convention does not foresee an unconditional duty of repatriation of stolen cultural objects actionable by means of proceedings instituted by dispossessed individuals.[56]

To address the absence of any treaty provision and the lack of legislative harmonization at the national level, some regional solutions have emerged thereof. At the European level, the Council Directive 93/7 aims to facilitate cooperation between the Member States of the European Union with regard to return its "national treasures"[57]. For this purpose, it enables the initiation, by the requesting Member State, of proceedings before the competent court in the requested Member State.[58] Moreover, it compels the competent court to order the return of the cultural object in question where it is found that it has been unlawfully removed from the national territory of the requesting Member State.[59] This way, the possibility to allege immunity by any of the State parties to the dispute is precluded.

As to the fifty-three Commonwealth Member countries,[60] the Protection of Cultural Heritage Act applies, although it does not prejudice any action of repatriation under the law of either of the Member countries.[61]

---

[48] UNESCO, Witness to History: Documents and Writings on the Return of Cultural Objects (2009), 182.
[49] International Council of Museums 'ICOM-WIPO Art and Cultural Heritage Mediation' < http://icom.museum/?id=1546> accessed 19 February 2018.
[50] Alessandro Chechi (n 40), 190.
[51] UNESCO 'Restitution of Cultural Property' (n 48).
[52] Isabelle Fellrath Gazzini, Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in Resolving Non-Contractual Disputes (1st edn Transnational Publishers, 2004), 62-63.
[53] Ibid.
[54] Alessandro Chechi (n 40), 187.
[55] Riccardo Pavoni, 'Sovereign Immunity and the Enforcement of International Cultural Property Law' in J. Gordley, F. Francioni (eds) Enforcing International Cultural Heritage Law (2013), 81.
[56] Ibid
[57] Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State ('Council Directive 93/7'), 074 OJL 0074-0079, Preamble.
[58] Council Directive 93/7, Article 5.
[59] Council Directive 93/7, Article 8.
[60] The list of the Member countries of the Commonwealth can be consulted in The Commonwealth online site < http://thecommonwealth.org/member-countries> accessed 20 February 2018.
[61] Scheme and Model Bill for the Protection of Cultural Heritage Within the Commonwealth ('Protection of Cultural Heritage Act') (2017), Part I Section 4.

Bearing this in mind, it sets common proceedings for recovery of cultural objects. Under these proceedings, where a requested cultural object has been seized under the Act, the holder may institute proceedings against the central authority for the recovery of the item on the ground that it is not liable to be returned to the requesting country[62]. Furthermore, the competent court of the requested Member country has the obligation to order the return of the cultural object to *the person* who was last lawfully entitled to its possession.[63] Therefore, the Protection of Cultural Heritage Act provides a subsidiary mechanism outside the rules of immunity, as long as an individual is involved.[64] However, this is not the case in all cultural disputes, and inter-state conflicts shall be solved taken into account the diversity of laws of the Commonwealth countries, which, again, are not uniform. This is even more relevant since the Commonwealth includes large market nations–as the US and the United Kingdom–along with weak source nations–such as Nigeria, India or Belize–between which cultural disputes are likely to arise.

In conclusion, inasmuch as the 1970 UNESCO Convention did not remove the institutional barriers that prevent the effective repatriation of cultural objects, there is a need for coordination between the rules on state immunity and treaties aimed at this end. This is justified in view of the prominent place that the fight against illicit trafficking of cultural objects has acquired in the international community;[65] and the uneven positions in which market and source nations are placed when the repatriation relies exclusively on their diplomatic resources.

Conclusion

All in all, practice shows how, in international organizations such as UNESCO, which lacks its own judicial organs, the application of the obligations to cooperate contained in the 1970 UNESCO Convention usually remains a plaything in the arena of politics.[66] Therefore, reasonable concerns may arise when source nations–generally poor–seem themselves forced to negotiate with market nations, which count with far more resources to pursue their own interests in cultural matters.

For this reason, there should be borne in mind the issues outlined in this article and posed by the 1970 UNESCO Convention itself: from the narrow scope of jurisdiction and admissibility of international claims to repatriation, to the factual difficulties arising out the obtaining of reliable evidence and the fragmentation of both national and international law applicable in key aspects of export and import of cultural property. Only taking into account which institutional barriers prevented in the past the effective repatriation of cultural objects to the States Parties, prospective and specific solutions would be able to come up.

Bibliography

International Treaties and Conventions

Convention for Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (adopted 17 October 2003, in force 20 April 2006) 2368 UNTS 1

Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict ('1954 Hague Convention') (adopted 14 May 1954, in force 7 August 1956) 249 UNTS 240

Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (adopted 14 November 1970, entered into force 24 April 1972) 823 UNTS 231

Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage (adopted 2 November 2001, in force 2 January 2009), UNESCO Doc.31C/Resolution 24; (2002) 41 ILM 37

Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, 074 OJL 0074-0079 Scheme and Model Bill for the Protection of Cultural Heritage Within the Commonwealth (2017)

UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (1995) 2421 UNTS 457

United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3

International Court of Justice Cases

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 43

Case Concerning Certain Property (Liechtenstein v Germany) (Preliminary Objections, Judgment) [2005] ICJ Rep 6

Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) Judgment [1961] ICJ Rep 31

[62] Protection of Cultural Heritage Act, Part II Section 19 Subsection (1).
[63] Protection of Cultural Heritage Act, Part III Section 21A Subsection (2) (emphasis added).
[64] This goes in light of what is prescribed under the 1995 UNIDROIT Convention.
[65] Riccardo Pavoni (n 56), 94.
[66] This concern is generally addressed in Henry G. Schermers and Niels M. Blokker, International Institutional Law (5th edn, Martinus Nijhoff Publishers 2011) [20].

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) (Judgment) [2013] ICJ Rep 281

Arbitral Awards and Other International Cases

Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 and 22 (Eritrea v Ethiopia) (EECC Partial Award) [2004] 26 RIAA 115-153

National Cases

Maria Altmann v Republic of Austria 142 F Supp 2d 1187 (C D Cal 1999) 317 F 3d 954 (9th Cir 2002) *as amended* 327 F 3d 1246 (9th Cir 2003), 541 US 677 (2004).

Books and Treatises

Alessandro Chechi 'Plurality and Coordination of Dispute Settlement Methods' in J. Gordley, F. Francioni (eds) *Enforcing International Cultural Heritage Law* (2013)

Alessandro Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes* (1st edn, Oxford 2014)

Francesco Francioni, 'Plurality and Interaction of Legal Orders in the Enforcement of Cultural Heritage Law' in J. Gordley, F. Francioni (eds) *Enforcing International Cultural Heritage Law* (2013)

Henry G, Schermers and Niels M. Blokker, *International Institutional Law* (5th edn, Martinus Nijhoff Publishers 2011)

Isabelle Fellrath Gazzini, *Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in Resolving Non-Contractual Disputes* (1st edn Transnational Publishers, 2004)

J.G. Merrills, *International Dispute Settlement* (6th edn, Cambridge 2017)

Riccardo Pavoni, 'Sovereign Immunity and the Enforcement of International Cultural Property Law' in J. Gordley, F. Francioni (eds) *Enforcing International Cultural Heritage Law* (2013)

Articles

Eric A. Posner, 'The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations' (2006) 141 Public Law and Legal Theory Working Paper

James A.R. Nafziger, 'The Principles for Cooperation in the Mutual Protection and Transfer of Cultural Material' (2007) 8 Chinese JIL 1

John H. Merryman, 'Two Ways of Thinking About Cultural Property' (1986) 80 AJIL 831

UNESCO, *The Fight Against the Illicit Trafficking of Cultural Objects. The 1970* UNESCO *Convention: Past and Future* (November 2013)

UNESCO, *Witness to History: Documents and Writings on the Return of Cultural Objects* (2009)

Other Authorities

Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Ownership of Cultural Property (UNESCO, 19 November 1964)

Subsidiary Committee of the Meeting of States Parties to the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Cultural Property (UNESCO, Paris, 1970)

United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration 1985, as Revised in 2010* (United Nations, 2011)

Webpages

Giulia Soldan, Raphael Contel, Alessandro Chechi, 'Case 13 Antiquities – Boston Museum of Fine Arts' Platform ArThemis <http://unige.ch/art-adr> Art-Law Centre, University of Geneva

International Council of Museums (ICOM) <http://icom.museum/resources/red-lists-database/>

International Council of Museums 'ICOM-WIPO Art and Cultural Heritage Mediation' < http://icom.museum/?id=1546>

Kartik Ashta, Alessandro Chechi, Marc-André Renold, 'Durga Idol – India and Germany' Platform ArThemis <http://unige.ch/art-adr> Art-Law Centre, University of Geneva

Madeleine Frith, Ece Velioglu Yildizci, Marc-André Renold, 'Case Dancing Shiva Statue – India and National Gallery of Australia' Platform ArThemis <http://unige.ch/art-adr> Art-Law Centre, University of Geneva

The Commonwealth < http://thecommonwealth.org/member-countries>

UNESCO 'Restitution of Cultural Property' <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/return-or-restitution-cases/>

UNESCO <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=E>

Economía colaborativa y la normativa comunitaria

Álvaro Jacinto Vilas Gómez | Universidad Complutense de Madrid

Palabras Clave: economía colaborativa, servicios de la sociedad de información, Directiva 2000/31, Directiva 2006/123, servicio subyacente.

Key Words: collaborative economy, information society service, Directive 2000/31, Directive 2006/123, underlying services
.

Lista de abreviaturas:

Ssinf: Servicios de la sociedad de la información

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE: Unión Europea

Recepción: 13.03.2018

Aceptación: 15.04.2018

RESUMEN:

La economía colaborativa es un fenómeno actual del que no se ha obtenido una definición clara que lo aborde. Por lo tanto, el Derecho, en su constante pretensión de proporcionar seguridad jurídica se ve en la encrucijada de regular un fenómeno del que aún no se sabe todo y genera debate en la doctrina. Puede suceder que unos consideren que Uber forma parte de la economía colaborativa, mientras que otros lo niegan. Además, el gran desarrollo que está teniendo la economía colaborativa en la UE, donde un 17% de los consumidores europeos han empleado alguna vez los servicios que ofrecen y al menos el 52% tiene conocimiento de los servicios ofertados[1] y su competencia con empresas de modelos de organización más tradicionales. Genera un conflicto del que el Derecho no puede abstraerse. El mejor ejemplo es la cuestión judicial ya resuelta entre la empresa Uber y la Asociación Profesional Élite Taxi de Barcelona. La principal causa de esta controversia es que no se ha alcanzado una definición jurídica sobre que se entiende por economía colaborativa y que empresas la componen. ¿Es un fenómeno al que se le puede aplicar la actual legislación?, ¿requiere que se regule específicamente por su carácter disruptivo?, ¿es un nuevo tipo de economía, o simplemente un modo de producción innovador basado en las ventajas de los avances tecnológicos (smartphones, plataformas colaborativas, etc). Existe la posibilidad de acabar optando por una definición tan amplia del principio de colaboración que acapararía toda actividad comercial, desvirtuando el mismo[2] o que una regulación excesiva perjudique el desarrollo de este fenómeno aún por definirse.

Desde las instituciones de la UE ya se está abordando el problema, la Comisión Europea elaboró un documento donde expresaba su posición con respecto a la economía colaborativa, y el TJUE ya ha emitido una sentencia importante. Esto lo trataremos detalladamente mas adelante, lo que no se va a entrar a valorar son las problemáticas relacionadas con el Derecho laboral porque su legislación es competencia soberana de los Estados miembros. El Mercado Único de la UE se ve perjudicado por la incertidumbre jurídica producida por la fragmentación regulatoria procedente de la ausencia de coordinación en las diferentes legislaciones nacionales sobre un fenómeno que traspasa las fronteras nacionales, cuyo carácter supraestatal demanda una respuesta supranacional.

Con la sentencia del TJUE el 29 de diciembre de 2017, se estableció un marco jurídico con el que observar si las actividades de una plataforma colaborativa, en este caso Uber, se tenía que considerar un servicio electrónico de intermediación, o un servicio dentro del ámbito de transportes. Esta decisión determinaba si los servicios que ofrecía Uber se tenían que someter al régimen de autorización previa como la Asociación Profesional Élite Taxi.

La legislación europea aplicable a esta clase plataformas colaborativas es la Directiva 2000/31, que se promulgó durante un periodo en el que no existía la tecnología como los smartphones, que posibilitase la clase de servicios que ofrecen dichas plataformas en el marco de lo que se ha denominado ‹‹economía colaborativa››. Ante la ausencia de una legislación actualizada, la Comisión Europea ha pronunciado una serie de recomendaciones que han tenido una influencia importante sobre la sentencia Uber

[1]Parlamento Europeo “Resolución de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa”, P8_TA(2017)0271 p. 3.
[2]Diego Hidalgo Demeusios “Una definición de la economía colaborativa” en Ramón Cotarelo y Javier Gil (Eds.), Ciberpolítica. Hacia la cosmópolis de la información y la comunicación, (INAP, 2017) p. 4

ABSTRACT:

The collaborative economy has not been defined yet. Therefore, the Law has a considerable challenge when it has to regulate such an undefined phenomenon, and promotes debate among jurists. While ones regard Uber belongs to collaborative economy, others disagree. Moreover, collaborative economy is rising in EU, where 17% european consumers has ever used collaborative platforms, and a 52% knows about which services they offer, and compete with traditional productions model from competitors. There is a conflict which can´t be avoided by Law. The best example is the judicial confrontation between Uber and the Asociación Profesional Élite Taxi de Barcelona.

The main cause of this controversy is no judicial definition has been managed about what is collaborative economy, and which companies belong. Can nowadays legislation be employed on it? Or a concrete legislation is required because of its disruptive condition? Is it a new economy type, or just a innovative production mode based on technological advantages (smartphones, collaborative platform). There's a possibility of choosing such a general presumption of collaboration principle that every company activity could be engaged in; or an excessive regulation that undermines collaborative economy.

EU institutions are facing it, European Commission enacted a communication where its position was reflected, while European Court of Justice has already dictated an important sentence. This will be treated forward, what´s not going to be mentioned it's labour Law because its competence belongs to Member States. Owing to uncoordinated regulations among Member Stated, and misunderstood european law. Judicial uncertainty has harmed the Single Market. A supranational outcome is required to this borderless issue.

On 29th of december of 2017, The Court of Justice of the European Union dictated a judgement which established a legal framework to observe if collaborative platform, in that case Uber, must be regarded as an electronic intermediary service, or a transport service. This decision determined if Uber services must be required an authorisation, like Asociación Profesional Élite Taxi.

European legislation applicable to this "collaborative platforms" is Directive 2000/31, which was enacted before the existence of technology, such as smartphones, that allow this kind of services what is called ‹‹collaborative economy››. Owing to the lack of updated legislation, European Commission has issued some recommendations which have had an important leverage on Uber judgement.

[3]Cooperatives europe, A cooperative vision for the collaborative economy, (2017). < https://coopseurope.coop/sites/default/files/Cooperative%20Vision%20for%20Collaborative%20economy_CoopsEurope_1.pdf > Accessed 29 April 2018 p. 32

1. Definición de la ‹‹economía colaborativa››

La primera aproximación es aquella que habla de la economía colaborativa como de los nuevos modos de producción y consumo de bienes y servicios que han encontrado la forma de emplear los avances de la tecnología de la información para intercambiar y compartir dichos bienes y/o servicios, para reducir las asimetrías informativas y los costes de transacción que afectan a dichas actividades; a la vez que acotan una escala de ámbito global (como es Internet) y se relacionan con modos de producción y consumo tradicionales.[4]

En un principio se hablaba del ‹‹consumo colaborativo››, pero la economía colaborativa no trata solo de consumo. También se habla de ‹‹economía entre pares›› (peer to peer, P2P), en la que se engloba a los particulares que emplean las plataformas colaborativas para intercambiar bienes y/o servicios al margen de tiendas, bancos o agencias; dejando fuera de la economía colaborativa a los empresarios[5]. Al igual que otros defienden que de las actividades que tienen lugar en la economía colaborativa son tan sólo versiones contemporáneas de actividades o negocios ya conocidos, en que la intermediación de las plataformas colaborativas y la innovación tecnológica que lo hace posible provoca el diferente equilibrio coste/beneficio que resulta de realizar las actividades o negocios en modo colaborativo o hacerlo en forma tradicional, y es eso lo que obliga a recalibrar la regulación existente[6]. Aquí vamos a emplear el término ‹‹economía colaborativa›› por ser el empleado por las instituciones comunitarias.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria (la economía colaborativa se caracteriza por lo siguiente:[7]

- Necesario uso de Internet.

- La interconexión en red de personas y/o activos

- El acceso al uso de activos tangibles e intangi bles desaprovechados.

- El logro de interacciones significativas y la confianza.

- El carácter abierto, inclusivo y global

Dado que la Comisión Europea en su escrito relaciona la economía colaborativa con la existencia de lo que llama ‹‹plataformas colaborativas››, resulta interesante que éstas sean la base para elaborar una clasificación del modelo de negocio de la economía colaborativa. Esto se debe en gran medida al papel fundamental que juegan estas en el intercambio de bienes y/o servicios: crean el espacio donde se oferta y vende el bien/servicio, facilitan la transacción económica por vía electrónica y establecen los mecanismos de verificación (valoraciones de la experiencia, o el rating a las personas que realizan la prestación del servicio o la venta del bien). Todo esto a cambio de una contraprestación que reciben de los usuarios que emplean el espacio digital.

Fijándonos en las plataformas podemos clasificarlas según su dimensión, el carácter disruptivo que generan en los mercados de los servicios/bienes que ofertan, o si son plataformas comerciales o *for-profit* (FP) y plataformas *not-for-profit* (NFP). La Comisión Europea resalta que se debe observar si dichas plataformas adquieren un carácter de mera intermediación, o si están influyendo decisivamente en la prestación del servicio/bien subyacente que se oferta en su plataforma[8]. Por tanto, la intervención de la plataforma consiste en la intermediación digital que permite la transacción electrónica y el sistema de reputación de proveedores y usuarios. En el momento de la plataforma excede estos límites marcados por su carácter neutro y pasivo como intermediario online, empieza a ejercer una influencia sobre el mercado que se genera en su plataforma y se constituye como un competidor frente a los agentes tradicionales.[9] Ante esto, los legisladores comunitarios se encuentran con el siguiente dilema: encontrar el punto intermedio de regulación que permita a las empresas de la economía colaborativa desarrollarse, a la vez que se implantan condiciones para la competencia leal con los modos de producción tradicionales, protege a los consumidores y aporta seguridad jurídica en relación con la responsabilidad.[10]

2. Economía colaborativa bajo la regulación comunitaria.

2.1 Enfoque de la Comisión Europea

El 20 de diciembre de 2017, la Comisión Europea publicó el 2 de junio de 2016, el documento ‹‹Una agenda europea para la economía colaborativa››, en el cual se aportaban orientaciones no vinculantes sobre cómo aplicar la legislación comunitaria a la econo-

[4]Rosalía Alfonso Sánchez, "Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades", Cuadernos de Derecho y Comercio 2016, núm. 66, (2016) p. 13.
[5]Cooperatives europe, A cooperative vision for the collaborative economy, (2017). < https://coopseurope.coop/sites/default/files/Cooperative%20Vision%20for%20Collaborative%20economy_CoopsEurope_1.pdf > Accessed 29 April 2018 p. 14.
[6]Rosalía Alfonso Sánchez, "Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades", Cuadernos de Derecho y Comercio 2016, núm. 66, (2016) p. 17.
[7]Ibid p. 8
[8]Comisión Europea, "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" Ares (2016)2562059 p. 6
[9]Rosalía Alfonso Sánchez, "Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades", Cuadernos de Derecho y Comercio 2016, núm. 66, (2016) p. 24
[10]Comisión Europea, "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" Ares (2016)2562059 p.

mía colaborativa y elaboraba la siguiente definición de economía colaborativa: [12]

‹‹Modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes:

i) Prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias — pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»)

ii) usuarios de dichos servicios

iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»).

Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro››

Por lo que vemos se mantiene la idea del necesario uso de Internar, sin el cual no pueden existir los intermediarios («plataformas colaborativas»), y lo une a la existencia de la plataforma colaborativa. Aunque indirectamente está reconociendo la dependiente relación que existe entre la economía colaborativa y los avances tecnológicos, no menciona que el uso colaborativo reside en el acceso al uso de activos tangibles e intangibles desaprovechados. Por ejemplo un desplazamiento a larga distancia que se va a realizar en coche y que la plataforma ayuda a conectar el usuario que va a realizar el viaje con otro que esté interesado. Se busca aprovechar esa plaza en el coche que va a ir vacía y compartir gastos, e incluso recibir una contraprestación económica superior a los gastos.

Para empezar, admitía que la legislación europea permite la imposición de requisitos al acceso al mercado de las plataformas colaborativas, siempre que estén justificados, sean proporcionales y de acuerdo a la especialidad del modelo empresarial y los servicios, sin discriminar a un modelo de negocio concreto. Se muestra contraria a la prohibición absoluta o restricción cuantitativa de las plataformas colaborativas, ya que considera que siempre caben medidas menos restrictivas.

Alerta del hecho de que la legislación europea no distingue entre particulares que emplean la plataforma colaborativa para prestar un servicio, denominados ‹‹pares››, de los prestadores profesionales[13]. Han sido los Estados miembros los que han ido desarrollando una línea jurídica concreta para construir parámetros útiles a la hora de marcar la diferencia entre pares y prestadores profesionales. Estas líneas de actuación son diversas, desde aquellos Estados en los que se define los servicios profesionales sobre la base de estar prestados a cambio de una remuneración y a los pares sobre la compensación de los gastos realizados por la prestación de servicios. Hasta Estados donde se han estipulado diferentes umbrales según el sector en el que se desarrollan los servicios, teniendo en cuenta los ingresos generados o la frecuencia con que se presta el servicio. La Comisión Europea se inclina por la opción de los umbrales[14]

La forma y naturaleza de las actividades que proporcionan las plataformas colaborativas determina los requisitos que se les pueden exigir de acceso al mercado. La Comisión ha entendido que las plataformas colaborativas prestan un ssinf[35] por lo que no pueden ser sometidas a un régimen de autorización previa[16]. Pero si establecer medidas restrictivas en las condiciones marcadas por la legislación comunitaria.[17]

Sin embargo, se contempla la posibilidad de que las plataformas colaborativas ofrezcan servicios más allá de los propios de la ssinf, en donde se considera que actúan como intermediarios entre los prestadores de los servicios subyacentes y sus usuarios. Existen circunstancias en las que las plataformas colaborativas pueden prestar servicios subyacentes. Cuando esto sucede, dejarían de calificarse como ssinf, quedando fuera del ámbito de la Directiva sobre comercio electrónico, y sometiéndose a la normativa sectorial correspondiente que podría establecerles un régimen de autorización previa del que como ssinf estarían exentas[18]. De tal forma que la naturaleza de la actividad que desarrolle será lo que indique si ha de quedar o no sometida a los requisitos de acceso al mercado propios de la concreta actividad que se desarrolle a través de la plataforma.

Con el fin de corroborar si una plataforma ejerce una influencia decisiva sobre la prestación de los servicios subyacentes, la Comisión Europea aconseja el seguimiento de unos determinados criterios:[19]

- El papel que juega la plataforma colaborativa en el establecimiento del precio del servicio subyacente, como por ejemplo la fijación de un precio máximo que será satisfecho por el consumidor final del servi-

[12]Ibid p. 2
[13]Ibid p. 5
[14]Ibid, p. 6
[15]Ibid
[16]Directiva 2000/31, artículo 4
[17]Ibid, artículo 3.4
[18]Comisión Europea, "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" Ares (2016)2562059 p. 6

cio, donde si se observaría una decisiva influencia de la plataforma en la fijación del precio. La mera recomendación por parte de la plataforma no supone influencia o control decisivo. En el otro extremo estaría la situación en la que el prestador de servicios tiene plena libertad para aceptar el precio que le propone la plataforma.

- La capacidad de la plataforma para incidir condiciones propias en la relación contractual entre el prestador del servicio subyacente y el usuario. Como el caso en que una plataforma establezca la obligación de llevar determinada etiqueta u ofrecer un determinado trato por parte de los prestadores del servicio subyacente a sus clientes.

- La propiedad de activos clave por parte de la plataforma necesarios para la prestación del servicio subyacente.

- La relación de la plataforma con la prestación del servicio subyacente: con la financiación de los gastos o la asunción de riesgos. Además de la observancia de una relación laboral entre la plataforma y el prestador de servicio subyacente.

El ejemplo definitivo que aporta la Comisión Europea es que si una plataforma que ofrece servicios en el sector del alquiler a corto plazo presta también servicios de seguro y calificación a sus usuarios, sin poseer activos para el servicio subyacente, y permitiendo al prestador del servicio subyacente fijar el precio; seguiría considerándose un ssinf.

Por otro lado, merece mención especial que la Comisión haya recalcado que las plataformas colaborativas se someten a la legislación comunitaria en materia de protección de datos, por lo que le es aplicable el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.[20] Este reglamento ha introducido dos derechos innovadores: el derecho al olvido y a la portabilidad. El primero consiste en el derecho que tienen los ciudadanos de solicitar al responsable del tratamiento de datos personales, su supresión cuando se haya retirado el consentimiento de tenencia, los datos se hayan obtenido ilícitamente, o ya no cumplan la finalidad con la que fueron recogidos. Además, se puede exigir el bloqueo en las listas de resultados de los buscadores de los enlaces que contengan información que le afecten que resulten obsoletas, incompletas, falsas o irrelevantes y no sean de interés público, entre otros motivos[21]. En cambio, el derecho a la portabilidad se define por el hecho de que el interesado puede exigir al responsable que le devuelva los datos personales que haya tratado con el fin de transmitirlos a otro nuevo responsable, sin que el anterior puede oponerse.[22]

2.2 Directiva sobre el comercio electrónico

Regula los aspectos jurídicos de los ssinf y el comercio electrónico dentro del mercado interior. Partiendo de la definición de ssinf establecida en apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, busca garantizar su libre circulación entre los Estados miembros. Se trata de la norma que en principio regula la actividad de las plataformas colaborativas. Su principal característica es que no permite la implantación de un régimen de autorización previa sobre ssinf, pero si admite medidas menos restrictivas[23] de forma excepcional. Eliminó las barreras burocráticas que podrían poner los Estados miembros a los servicios en línea transfronterizos gracias a su cláusula de mercado interior (los Estados miembros no pueden limitar la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información desde otro Estado miembro), lo que se convirtió en la base del mercado único digital.[24]

En primer lugar, las medidas restrictivas deben motivarse en la protección del orden público, concretamente la prevención, investigación y persecución de un delito, la protección de menores, la lucha contra los delitos de odio basados en la raza, sexo, religión o nacionalidad; y las violaciones de la dignidad humana de las personas individuales. Nos encontramos ante un motivo de naturaleza criminal y penal. Las otras causas que motivan al Estado miembro son la protección de la salud pública, la seguridad y defensa nacional, y la protección tanto de consumidores como de inversores. Se tiene que demostrar que el ssinf lesiona dichas causas, o les supone un riesgo grave y serio, teniendo que implementarse esas restricciones proporcionalmente.

En segundo lugar, se tiene que seguir un procedimiento concreto para que sean medidas acordes a la normativa comunitaria. El Estado miembro donde se esta produciendo la lesión debe haber reclamado al Estado miembro donde se encuentra establecido el ssinf, y éste no haber cumplido dicho requerimiento. Tiene que notificar a la Comisión Europea y al Estado miembro su intención de adoptar medidas restrictivas, aunque en caso de urgencia cabe la implantación directa de medidas restrictivas, siempre que se notifique después y se motive su urgencia. Para con las plataformas colaborativas no encaja este procedimiento de notificación el Estado miembro donde estén esta-

[19]Ibid, pp 6 - 7
[20]Comisión Europea, "Una Agenda Europea para la economía colaborativa" Ares (2016)2562059 p.
[21]Reglamento 2016/679, artículo 17
[22]Ibid, artículo 20
[23]Directiva 2000/31, artículo 3
[24]Rosalía Alfonso Sánchez, "Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades", Cuadernos de Derecho y Comercio 2016, núm. 66, (2016) pp. 39-40

blecidas, porque en su caso el servicio de intermediación se realiza desde la aplicación que emplea el usuario desde su smartphone, por lo que no se trata de un ssinf que se preste desde otro Estado miembro diferente. Al no poder contar con todos los lugares donde se esté prestando ese servicio de intermediación por parte de la plataforma colaborativa, se entiende que el lugar de establecimiento de la plataforma es donde se encuentre su centro de actividades[25]

Esto demuestra que la normativa comunitaria vigente no encaja del todo en la actividad de las plataformas colaborativas, pero por seguridad jurídica se tiene que remitir a la definición más cercana posible a la realidad que pretende regular, con las consecuencias que eso entraña.

Por último, la Comisión Europea examina la compatibilidad de las medidas restrictivas con el Derecho comunitario, pudiendo solicitar al Estado miembro su no aplicación, o exigirle el cese de las mismas.

2.3 Directiva servicios

La Directiva 2006/123 es la que desarrolla el principio de libertad de prestación de servicios y establecimiento del Derecho primario[26]. Su ámbito de aplicación incluye a todos los prestadores de servicios, entendiendo por estos a cualquier persona física o jurídica de un Estado miembro que realiza una actividad económica por cuenta propia, por la que generalmente recibe una remuneración[27] A diferencia de la Directiva sobre comercio electrónico, si permite a los Estados miembros establecer un régimen de autorización previa de acceso al mercado para las empresas prestadoras de servicios, pero de manera excepcional y cumpliendo una serie de condiciones:[28]

I. El régimen de autorización no puede suponer una discriminación para el prestador de servicios

II. La medida tiene que estar justificada por una razón imperiosa de interés general[29]. La Directiva de servicios entiende por razón imperiosa de interés general una numerosa lista sacada de la jurisprudencia del TJUE: orden público, seguridad jurídica, protección civil, salud pública, preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, protección de los consumidores de los destinatarios de los servicios y de los trabajadores; exigencias de la buena fe en transacciones comerciales, lucha contra el fraude, protección del medio ambiente y entorno urbano, sanidad animal, propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, y los objetivos de política social y cultural. A tener de la interpretación literal de la norma comunitaria, no se trata de un listado numerus clausus, y se delega en el TJUE la concurrencia de la razón imperiosa de interés general según el caso.

III. No puede emplearse una medida menos restrictiva para salvaguardas el interés general alegado, y el control a posteriori se demuestra insuficiente.

Aun así, la Comisión Europea apuesta por una regulación flexible de los mercados de servicios con vistas a mejorar la competitividad y productividad.[30]

2.4 Sentencia Uber

El 20 de diciembre de 2017 se dictó una importante sentencia acerca del conflicto que había entre la empresa Uber y la Asociación Profesional Élite Taxi. Dicha sentencia ha marcado un antes y un después en la regulación de las empresas que pertenecen la denominada ‹‹economía colaborativa››.

Hasta esa fecha, las plataformas colaborativas se calificaban como un ssinf, por su carácter de intermediarias entre los usuarios y los prestadores de servicios subyacente (desplazamiento urbano, alojamientos turísticos, desplazamiento de larga distancia). La Sentencia Uber ha cambiado la forma en que pueden calificarse estas empresas, pero habrá que esperar un tiempo para observar su incidencia sobre otras empresas de la economía colaborativa como *Airbnb o Blablacar.*

La cuestión prejudicial que presentó el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona versaba sobre la interpretación de Derecho derivado a fin de determinar si la empresa Uber se tenía que calificar como un servicio de transporte o como un ssinf, concretamente las Directivas 98/34 y la 2000/31.

Por un lado, la legislación comunitaria[31] establece que los ssinf son aquellos que se prestan a distancia, por vía electrónica y cuyo servicio se presta mediante la transmisión de datos a petición individual. Esta clase de servicios goza de una regulación más favorable por su naturaleza digital, como un nuevo sector que se escapa de los sectores tradicionales como el transporte o el sector hotelero. Es por ello que disfruta del principio de no autorización previa que prohíbe a los Estados miembros[32] someter el acceso de estas empresas al mercado a un régimen de autorización previa. Mientras que con respecto a los servicios de transporte urbano no colectivo y los vinculados necesariamente a estos, el Parlamento Europeo y el Consejo

[25]Directiva 2000/31, considerando 19
[26]Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículos 56 y 49
[27]Directiva 2006/123 artículos 2 y 4
[28]Ibid, artículo 9
[29]Ibid, artículo 4
[30]Rosalía Alfonso Sánchez, "Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades", Cuadernos de Derecho y Comercio 2016, núm. 66, (2016) pp. 38-39

de la Unión Europea no han adoptado una norma que desarrolle la política común de transportes del artículo 91 del TFUE[33], lo que deja margen de maniobra a los Estados miembros, en el caso de la sentencia Uber al ayuntamiento de Barcelona, para legislar sobre la política de transportes sin entrar en conflicto con las normas comunitarias. Además, la Directiva servicios excluye del ámbito de su aplicación los servicios del ámbito de transportes[34] por lo que la norma nacional no tendría que plegarse a sus limitaciones.

La Asociación Profesional Élite Taxi buscaba que se definiese a la empresa Uber como servicio de transporte con el fin de que se le impusiese el régimen jurídico de transportes de Barcelona, y así tener que supeditarse al régimen de autorización previa de Barcelona[35]

El TJUE continuó la línea jurisprudencial de interpretación extensiva del concepto de servicio en el ámbito de transportes, con el que incluía dentro de dicha categoría no solo el servicio de desplazamiento de personas y mercancías, sino también aquellos servicios que le son inherentes.[36] A la vez que definió una serie de parámetros para observar el encaje del servicio que estaba prestando Uber dentro del ámbito de ssinf. Principalmente trataba de determinar si dicho servicio de intermediación influía de manera decisiva sobre las prestaciones efectuadas por los conductores, lo que equivaldría a ser un servicio inherente al desplazamiento, y consecuentemente un servicio del ámbito de transporte.

Los hechos probados en el caso concreto eran: Uber establecía el precio máximo de la carrera, controlaba la calidad de los vehículos y la idoneidad de los conductores, pudiendo expulsarles de la aplicación; sobre todo, los consumidores solo podían acceder a esos servicios a través de la aplicación de Uber. Por lo que el TJUE entiende que Uber estaba creando una oferta de servicios de transporte.[37] La conclusión que saca es que sin la intermediación no cabría prestación de servicios de desplazamiento urbano y, por tanto, resulta un servicio inherente al transporte que ejerce una influencia decisiva sobre la prestación de los conductores que usan Uber.

Finalmente, se determinó que Uber era una empresa de servicios de transporte, y por ello se tendría que someter al régimen de autorización previa. El TJUE corrigió la situación creada por la aplicación de una norma comunitaria que no estaba pensada para los casos de plataformas colaborativas, pero que parecía ser la más idónea por la calificación jurídica de ssinf. La importancia de la sentencia reside en la creación de un marco conceptual jurídico con que distinguir los ssinf con respecto de otros, basándose en el grado de influencia de la plataforma sobre la prestación del servicio subyacente (transporte, alojamiento turístico, etc). En el caso de la sentencia Uber, se tiene que recordar que nos encontramos ante un servicio, el de transportes, que es una excepción al ámbito de aplicación de la Directica de servicios 2006/123 y que la prestación de servicios subyacente en esta clase de plataformas se compone también, como el caso de Airbnb del servicio de alojamiento turístico que si entraría dentro de la normativa comunitaria. Por lo que los Estados miembros también se encontrarían limitados por la normativa comunitaria si en el futuro se definiese otras plataformas colaborativas como Airbnb como actividades económicas que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios, y no como ssinf.

3. Economía colaborativa basada en el papel de las plataformas colaborativas

Las plataformas colaborativas han sido definidas como proveedoras de servicios intermediarios de la sociedad de la información en base a la jurisprudencia del TJUE[38]. En el propio considerando 42 de la Directiva sobre comercio electrónico se estipula que la exención de responsabilidad de las que gozan los prestadores de servicios intermediarios solo se despliega para los casos en que su prestador se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida. Es decir, que ante un control de esa información por parte de una empresa de ssinf, no podría acogerse a las exenciones de responsabilidad por no contar con la neutralidad propia de un servicio de intermediación de la sociedad de la información. Dejaría de ser un prestados de servicios intermediarios. Se resalta que el servicio de intermediación de la sociedad de la información es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva; lo que implica que todo prestador de ese servicio no puede tener conocimiento ni control sobre la información transmitida o almacenada. Este planteamiento se podría aplicar a las plataformas colaborativas al ser éstas una red de comunicación donde se accede a información facilitada por los prestadores de servicios subyacentes y estos a su vez contactan con los usuarios

Debido a que en las plataformas colaborativas han empezado a definirse como intermediarios,[39] tienen que basar su actividad económica en la construcción de un espacio, o red de comunicación, de intercambio de información, y no podrían ejercer ninguna clase de

[31]Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, apartado 2 del artículo 1
[32]Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, apartado 2 del artículo 1
[33]Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, apartado 2 del artículo 1
[34]Directiva 2006/123 apartado d) del artículo 2. 2 (Directiva servicios)
[35]Decret 188/2001, del 26 de juny, dels estrangers i la seva integració social a Catalunya., article 5
[36]Sentencia del Tribunal de Justicia C-434/15 (sentencia Uber), apartado 41
[37]Ibid, apartados 38 y 39

control sobre la información que en el se facilita.

Por un lado, nos encontramos con que las orientaciones no vinculantes de la Comisión Europea,[40] inciden en que una plataforma colaborativa tiene que ejercer una influencia decisiva sobre la prestación de servicios subyacentes para ser considerada como prestadora de estos, cuya consecuencia principal es su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva sobre comercio electrónico. Por otro lado, en la exposición de motivos de esa misma Directiva se encuadra la actividad de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información, calificación jurídica de las plataformas colaborativas, en el proceso técnico de facilitar el acceso a una red de comunicación, sin ejercer ningún control sobre la información que se transmite dentro de él. Por tanto existen dos planteamientos para concretar el ámbito de aplicación de la Directiva sobre comercio electrónico en las plataformas colaborativas, uno más estricto aportado por la Comisión Europea donde se exige una influencia decisiva sobre la prestación del servicio subyacente. Mientras que la propia norma, en su considerando 42, aboga por uno menos estricto que pone su foco de atención en cómo se trata la información dentro de las plataformas, cuyo simple control (sin necesidad de que eso suponga una influencia decisiva sobre la prestación del servicio subyacente) conlleva una extralimitación del papel pasivo de intermediación.

Como hemos podido comprobar al principio, el TJUE ha abogado por el enfoque de la influencia decisiva sobre la prestación de servicio elaborado por la Comisión Europea para resolver la sentencia Uber. Sin considerar que la propia normativa comunitaria ya ofrece instrumentos para delimitar la aplicación de Directiva 2000/31 sobre las plataformas colaborativas. Ha puesto las orientaciones no vinculantes de la Comisión Europea y su interpretación del Derecho comunitario por encima del enunciado de una norma de Derecho derivado, lo que produce cierta inseguridad jurídica de cara al futuro. Es comprensible que el TJUE haya optado por esta postura al ser ‹‹Una Agenda Europea para la economía colaborativa›› un texto más actualizado y entrar directamente sobre las cuestiones que plantea la economía colaborativa, en comparación con una Directiva de hace diecisiete años, en cuyo momento no se planteaba que se fuesen a desarrollar esta clase de tecnologías (smarthphones, apps, 3G, etc).

La jurisprudencia previa del TJUE ya estableció la característica que tiene que reunir un servicio para ser considerado como prestador de servicios intermediarios de la sociedad de la información[41] y acogerse al régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Por lo que al formular el requisito para acogerse a ese régimen, estaba definiendo jurídicamente al mismo tiempo a los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información. Dicho requisito es la postura neutral que debe tener el prestador del servicio con respecto a la información que maneja, expresar que éste «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada».

En definitiva, y volviendo a la sentencia Uber, la cuestión prejudicial versaba sobre definir la actividad de la empresa Uber Systems Spain como ‹‹ una mera actividad de transporte o ha de considerarse un servicio electrónico de intermediación››[42]. Aplicando la jurisprudencia anterior, el simple hecho de que Uber estableciese un control sobre la idoneidad de los conductores, pudiendo incluso excluirles del acceso a la plataforma, implica la negación del carácter neutral que como servicio de intermediación debía tener. Aun considerándose que este control no ejerce una influencia decisiva sobre la prestación del servicio subyacente.

Bibliography

Primary

Directiva 2000/31 del Parlamento Europea y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Directiva 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, de 28 de julio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

Reglamento (UE) 2016/679 del parlamento europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

[38]Sentencia del Tribunal de Justicia C-236/08, apartados 112 a 120
[39]Comisión Europea, “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” Ares (2016)2562059 p. 2
[40]Ibid, p. 3
[41]Sentencia del Tribunal de Justicia C-236/08, apartados 112 a 120

Secondary

Comisión Europea, “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” Ares (2016)2562059.

Parlamento Europeo, “Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa” P8_TA(2017)0271.

Comité Económico y Social Europeo, “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una Agenda Europea para la economía colaborativa»” COM(2016) 356 final.

Comité de las Regiones Europeo, “Dictamen del Comité de las Regiones Europeo — La dimensión local y regional de la economía colaborativa” C 051/06 (2016).
Sentencia del Tribunal de Justicia C-236/08.

Sentencia del Tribunal de Justicia C-434/15 (sentencia Uber).

Rosalía Alfonso Sánchez, “Aproximación jurídica a la economía colaborativa: diferentes realidades”, Cuadernos de Derecho y Comercio 2016, núm. 66, (2016) pp. 13-73.

Diego Hidalgo Demeusios “Una definición de la economía colaborativa” en Ramón Cotarelo y Javier Gil (Eds.), Ciberpolítica. Hacia la cosmópolis de la información y la comunicación, (INAP, 2017) pp. 532-544.

Cooperatives europe, A cooperative vision for the collaborative economy, (2017). < https://coopseurope.coop/sites/default/files/Cooperative%20Vision%20for%20Collaborative%20economy_CoopsEurope_1.pdf > Accessed 29 April 2018.

Los Conglomerados Financieros, respecto a la responsabilidad de los socios en la constitución de holdings financieros y no financieros, a la luz de la Ley 1870 de 2017

Felipe Nova Delgado
Jessica Sabbah Pechthalt
Pontífica Universidad Javeriana
Bogotá

RESUMEN: Los Conglomerados Financieros en Colombia nacen principalmente a raíz de la Ley 45 de 1990, con un esquema de multibanca. Siendo un nuevo sistema que logró implementar herramientas más eficientes y libres, que permitió no solo incursionar en la internacionalización financiera, sino también, que los conglomerados financieros colombianos se instauraran como líderes a nivel mundial. No obstante, la falta de unanimidad normativa generó incertidumbres y vacíos jurídicos, en especial en cuanto a la supervisión de instrumentos societarios como holdings financieros y no financieros. Siendo imperativo expedir una normativa consolidada y congruente a la luz de las regulaciones internacionales y el sistema financiero del país.

Palabras Clave: Conglomerado financiero, Holding financiero, Holding no financiero, supervisión, multibanca.

ABSTRACT: Financial Conglomerates in Colombia, had their origin in the Law 45 of 1990, with a multi-bank system. New System that allowed to introduced more efficient and flexible instruments, that not only let open the possibility to dabbled in the financial internationalization movement, but also, gave the chance to the Colombians Financial Conglomerates to be leaders in the worldwide. However, the lack of a group of laws opened the door to legal loopholes and uncertainty in the legal system, especially about effective supervision measures in societary figures as financial and non-financial holdings. Because of that, it´s important to have congruent and unified laws, based in international statements and perfect to the Colombian's financial system.

Key Words: Financial Conglomerates, Financial Holding, Non-Financial Holding, Supervision, Multi- Bank System.

Recepción: 23.03.2018

Aceptación: 23.04.2018

1. Introducción

El tema de conglomerados financieros ha tomado gran relevancia en los últimos años, debido a ciertos sucesos a nivel nacional, como el escándalo del caso Interbolsa y la solicitud de adhesión de Colombia a la OCDE; situaciones que han permitido crear un entorno favorable para buscar una nueva normativa congruente y consolidada de conglomerados financieros, a la luz de la normativa internacional y el sistema financiero del país.

Siguiendo esta línea, resulta necesario tener en cuenta que la ley 1870 de 2017 trae consigo, entre varios, estos objetivos previamente mencionados; como también ha buscado suplir varias problemáticas presentes en el área de conglomerados financieros. Estos han sido definidos por la normatividad actual de la siguiente manera: "Es un conjunto de entidades con un controlante común que incluye a dos o más entidades nacionales o extranjeras, que ejerzan una actividad propia de las entidades vigiladas por la superintendencia Financiera de Colombia, siempre que al menos una de ellas ejerza dichas actividades en Colombia."[1]

Realizada la anterior consideración, con este ensayo se busca, en primer lugar, determinar en qué medida se ha establecido la manera en cómo deberán responder los socios de un conglomerado financiero al momento de constituir holdings (financieros y no financieros). Adicionalmente, se analizará cuál ha sido la autoridad competente designada para supervisar, regular y determinar la responsabilidad de los socios al momento de tomar una decisión en aras del conglomerado financiero y a su vez, se busca identificar si la normatividad mencionada se ajusta a los pactos internacionales y tendencias económicas internacionales.

En virtud de lo anterior, este texto se dividirá y organizará de la siguiente manera. En la primera parte se hará referencia al concepto, constitución, regulación e historia normativa de los conglomerados financieros en Colombia, para poder entender cómo y en qué medida una nueva regulación tendrá incidencia en otras áreas (derecho societario y derecho financiero), además se expondrá la problemática existente en cuanto a la dualidad de definiciones de conglomerados financieros a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. En la siguiente parte se estudiará a la luz del derecho comparado cómo se manejan los conglomerados financieros en los Estados Unidos y en Colombia, para establecer puntos en común y diferencias en el manejo de estas figuras. Luego se estudiará la legislación actual sobre conglomerados financieros, respecto a los lineamientos sobre el manejo de la figura, motivaciones para la expedición de la ley 1870 de 2017, y las novedades que aportó, en cuanto a las problemáticas existentes respecto al tema. Por último, se ofrecerán unas conclusiones respecto a los conglomerados financieros, en especial en virtud de la responsabilidad de los socios al constituir holdings financieros y no financieros.

2. Concepto de Conglomerados Financieros, Holdings financieros y no financieros: Regulación en Colombia.

2.1 Antecedentes y contexto del sistema financiero colombiano en cuanto a los conglomerados financieros.

En los años ochenta, el sistema financiero colombiano se caracterizaba por contar con un esquema de banca especializada y cerrada, es decir, que se encontraba conformado por entidades separadas para la prestación de servicios financieros; lo que podría identificarse como un modelo de muralla china[2] del mercado financiero, de capitales y aseguradoras. Sin embargo, aunque este modelo facilitaba la supervisión de distintas actividades de las entidades financieras por parte de las autoridades correspondientes; resultaba ser un esquema altamente regulado que eliminaba los beneficios de una economía de escala y de alcance.[3]

Por consiguiente, en vista de las desventajas de contar con un sistema financiero con esas características, los noventa iniciaron con un proceso de reformas estructurales, normativas y organizacionales del sistema financiero colombiano; donde se dejó atrás una banca especializada y separada, y se adoptó un esquema de multibanca configurado por matrices bancarias y filiales. Por lo que en diciembre de 1990 se expidió la ley 45, siendo una de las reformas estructurales de mayor peso para el sistema financiero colombiano; en virtud de la cual, se buscaba reordenar las instituciones financieras y la actividad aseguradora, además de introducir al país en un fenómeno de internacionalización de la banca local. Siendo un proceso financiero que tuvo gran relevancia para la economía del país, debido a que primero permitió la creación de grupos financieros y segundo, buscó la estructuración de un nuevo modelo de los conglomerados financieros.

Por consiguiente, en cuanto a la creación de los grupos financieros, permitió una mayor inversión extranjera y participación de actores nacionales en mercados transfronterizos, además de un mercado más fortalecido, grande, eficiente, competitivo, y transparente sobre todo respecto a información financiera.

---

[1]Ley 1870 de 2017. Por la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos para solución de entidades financieras. (21 de septiembre de 2017).
[2]El concepto de Muralla China hace referencia a una exigencia legal y económica de separar determinada actividad financiera de otras con el fin de minimizar el riesgo sistémico; lo cual exige, registros y contabilidades separadas, administraciones, juntas directivas y capitales separados.
[3]http://www.felaban.net/monografias/ganadores/2016/Daniel%20Echavarria%20%20El%20Regimen%20de%20Conglomerados%20Financieros%20en%20Colombia.pdf.(30de junio de 2016).

Por otro lado, en cuanto a el esquema de matrices y filiales bancarias, esté se caracterizó por ser un modelo donde las operaciones bancarias se ejercían en una matriz bancaria y las operaciones no bancarias se realizaban en sus filiales separadas. Lo que permitió que un grupo lograra ofrecer a su clientela servicios financieros integrados, debido a que los partícipes del conglomerado actuaban de manera conjunta y bajo las instrucciones de la institución que ejercía el poder de subordinación.

Adicionalmente, como este nuevo modelo involucraba una separación de capital, contabilidad y administración, abrió la posibilidad de facilitar el control y la regulación de los conflictos de interés al interior de las compañías y propició una competencia más equilibrada entre las entidades bancarias y las entidades no bancarias.

Por todo lo anterior, se evidencia que la reforma normativa de 1990 era una reforma integral que buscaba consolidar en Colombia un esquema financiero, a la luz del principio de mutabilidad del derecho financiero, es decir, que la normatividad se ajustara a un entorno de mercado cambiante y adaptara a la las actividades y necesidades actuales de las entidades y agentes financieros.[4]

Siendo así que, con el transcurso del tiempo, los conglomerados financieros colombianos se han posicionado a nivel mundial como líderes; tanto así que desde finales de 2006 dieron inicio a agresivas campañas de internacionalización, con el objetivo de expandir aún más el mercado colombiano, objetivo que alcanzaron satisfactoriamente. Logrando internacionalizar por completo el mercado financiero colombiano, a partir de sus conglomerados principales como grupo Bancolombia o grupo Aval; lo anterior debido en primera medida, a la coyuntura mundial del momento, es decir, la crisis de los bancos europeos, y en segunda, a las adquisiciones y fusiones de conglomerados financieros ya constituidos en otros países y la constitución de filiales y subsidiarias en países extranjeros.

No obstante, cabe mencionar que debido a él gran auge de estos actores colombianos y a la existencia de varias reformas normativas posteriores, el modelo colombiano de organización financiera se convirtió en un modelo híbrido en el que coexisten los modelos de matrices y filiales con la posibilidad de constituir modelos de holdings financieros y no financieros bajo la denominación de grupo empresarial, como se explicará más adelante.[5] Lo que ha generado una gran preocupación en cuanto a la normatividad existente dentro del marco jurídico colombiano, debido a las deficiencias y poca unanimidad de la misma, en especial relacionado con los modelos de holdings, generando así, problemas de supervisión y regulación por parte de las autoridades competentes, es decir, la Superintendencia Financiera.

2.2. Definición y Consagración de Conglomerados: dualidad en el marco jurídico colombiano.

Respecto al tema de los conglomerados, sin duda alguna, uno de los grandes retos ha sido llegar a una definición completa y precisa que englobe todos sus aspectos. Es importante señalar que la dificultad radicaba en que las definiciones existentes terminaban omitiendo piezas claves, como por ejemplo el tema de los holdings no financieros.

Entre las distintas definiciones que se han planteado en la normatividad colombiana, encontramos dos que evidencian los grandes problemas relacionados a la temática de conglomerados financieros. La primera la contempla el Decreto 2555 de 2010, donde se establece por conglomerados "aquellos que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 260 del Código de Comercio y el 28 de la Ley 222 de 1995, y aquellos respecto de los cuales la Superintendencia Financiera de Colombia ordene la consolidación de estados financieros (...).[7] Adicionalmente, la Circular Externa 100 de 1995, también conocida como la Circular Básica Contable y Financiera, estableció en los casos donde procede la consolidación de operaciones y de estados financieros de entidades sujetas a su supervisión.[8]

De lo anterior, se evidencia las dificultades que afrontaba el ordenamiento jurídico colombiano, respecto a la dualidad de definiciones, totalmente diferentes, de conglomerados financieros. Por un lado, estaba el Decreto 2555 de 2010, el cual contemplaba de manera amplia cobijar todas las entidades y aspectos de un conglomerado, incluyendo, pero sin limitarse, sus filiales y subordinadas. Pero, por otro lado, se encontraba lo comprendido en la Circular Externa 100 de 1995, la cual únicamente contemplaba las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, excluyendo varios instrumentos como los holdings no fi-

[4]U.N. CEPAL/PNUD, UNIDAD DE FINANCIAMIENTO, D.C.I.T.F. Regulación Y Supervisión De Conglomerados Financieros En Colombia.Doc S66. (septiembre de 1997).
[5]http://www.felaban.net/monografias/ganadores/2016/Daniel%20Echavarria%20%20El%20Regimen%20de%20Conglomerados%20Financieros%20en%20Colombia.pdf.(30de junio de 2016).
[6]Artículo 260. Subordinación. Modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995-. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria. Código de Comercio [COM]. Decreto 410 de 1971. Arts. 260. Marzo 27 de 1971 (Colombia).
[7]Artículo 11.2.1.6.8. Conglomerados. Para los efectos del presente Título se entiende por conglomerados quienes se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 260 del Código de Comercio y el 28 de la Ley 222 de 1995 y las normas que los modifiquen o adicionen, aquellos respecto de los cuales la Superintendencia Financiera de Colombia, en uso de sus atribuciones legales, ordene la consolidación de estados financieros, y los demás que determinen las normas pertinentes. Decreto 2555 de 2010. [Decreto Único Superintendencia Financiera de Colombia]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 2010.

nancieros al no estar a su cargo su supervisión.[9]

Creándose una incertidumbre jurídica tal que resultaba imperativo consagrar en una ley, una definición clara de conglomerados y otorgar las herramientas pertinentes para que los órganos de control lograran tener mayores facultades regulatorias sobre estos grupos.[10]

A) Holdings Financieros y No financieros

Un holding en términos básicos resulta ser una persona jurídica o vehículo de inversión que ejerce control o influencia significativa sobre otras entidades. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano han existido distintas problemáticas respecto a la necesidad de regulación, control y manejo de los mismos.

Es necesario precisar que no existían referencias jurídicas respecto a los holdings, financieros o no financieros, siendo uno de los retos más grandes que se buscaba con una ley de conglomerados financieros. Adicionalmente, se presentaba un verdadero problema de supervisión en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior debido a que no necesariamente los holdings de conglomerados financieros, resultan ser sociedades que dentro de su objeto social comprenden actividades financieras. Siendo así que, desde la óptica de supervisión, un holding que no adelantará actividades financieras, no podía estar sometido al marco de supervisión del mencionado órgano de control.[11]

Por consiguiente, la competencia respecto a los holdings no financieros recaía en cabeza de la Superintendencia de Sociedades. Generándose una crisis de vigilancia y control por falta de coordinación entre las superintendencias mencionadas, y por la ausencia de una consolidación financiera eficaz frente a todos los conglomerados nacionales.[12]

2.3 Funciones de la Superintendencia Financiera de Colombia, frente a los conglomerados financieros.

Como se ha mencionado, las facultades con la que contaba la Superintendencia respecto al tema de conglomerados eran limitadas generándose muchas controversias y deficiencias a nivel jurídico, en especial en cuanto a una coordinación efectiva entre los órganos reguladores y supervisores correspondientes.

A) Principios del Comité Bancario de Supervisión de Basilea y el "Joint Forum".

Para que Colombia avanzara en su consagración de una regulación completa de conglomerados financieros, era pertinente acogerse a principios y guías internacionales existentes sobre la materia, sobre todo para mejorar la calidad de la supervisión bancaria transnacional. Sin ninguna duda, las recomendaciones que traen el Comité Bancario de Supervisión de Basilea y el Joint Forum, son ejemplo de estas.

El Comité Bancario de Supervisión de Basilea es un foro de diálogo entre los principales supervisores bancarios a nivel mundial donde se establecen diversos principios necesarios en una regulación de conglomerados financieros, entre los cuales resulta importante mencionar el principio de supervisión consolidada y el de relación entre el supervisor de origen y acogida , ya que para la supervisión bancaria resulta esencial que se realice un adecuado seguimiento de todas las actividades que el grupo realiza y de las entidades del grupo. Adicionalmente el Joint Forum o Foro Conjunto, establece las buenas prácticas comunes al sector financiero y principios sobre la reglamentación y supervisión de conglomerados financieros.[13]

Por ende, era esencial introducir en una ley de conglomerados que supliera las deficiencias presentes en el ordenamiento jurídico colombiano, estas disposiciones internacionales.

B) Problemas frente a los conglomerados financieros y los Holdings: Caso Interbolsa.

Habiéndose mencionado las problemáticas de supervisión en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia, en concreto respecto a los holdings de conglomerados financieros. EL caso de Interbolsa S.A. resulta ser un gran ejemplo de las deficiencias prácticas de la normatividad existente, que acarreaban la necesidad de expedir una nueva.

Brevemente, Interbolsa S.A. era el holding del Grupo Empresarial Interbolsa, que conformaba su activo con inversiones en sus filiales, inversiones de capital directo o vehículos de inversión e inversiones en tesorería. En consecuencia, fue el vehículo que llevó a la quiebra a la Comisionista de Bolsa más grande del país, debido a ciertas operaciones y destinaciones de recursos indebidamente destinados. Caso que cabe

[8]Circular Externa No.100 de 1995). [Superintendencia Bancaria de Colombia]. Por la cual se expide la Circular Básica Contable y Financiera. (noviembre 1995)
[9]U.N. CEPAL/PNUD, UNIDAD DE FINANCIAMIENTO, D.C.I.T.F. Regulación Y Supervisión De Conglomerados Financieros En Colombia.Doc S66. (septiembre de 1997).
[10]OCDE. Estudios Económicos de la OCDE Colombia. OECD Economic Surveys: Colombia© OECD 2017 (mayo de 2017).
[11]ECHAVARRÍA, Daniel. El Régimen de Conglomerados Financieros en Colombia: Recomendaciones para Aplicación de Mejoras Prácticas Internacionales. http://www.felaban.net/monografias/ganadores/2016/Daniel%20Echavarria%20-%20El%20Regimen%20de%20Conglomerados%20Financieros%20en%20Colombia.pdf.(buscar en "Google.com"." Regulación de Conglomerados Financieros en Colombia" después seleccionar el primer hyperlink). (30 de junio de 2016).
[12]ZULETA, Luis Alberto. "Regulación y Supervisión de Conglomerados Financieros en Colombia. Naciones Unidas. Santiago de Chile, 1997. Pg. 33.
[13]Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz. Principio 12 y 13. diciembre de 2011. (Buscar en google: https://www.bis.org/publ/bcbs213_es.pdf).

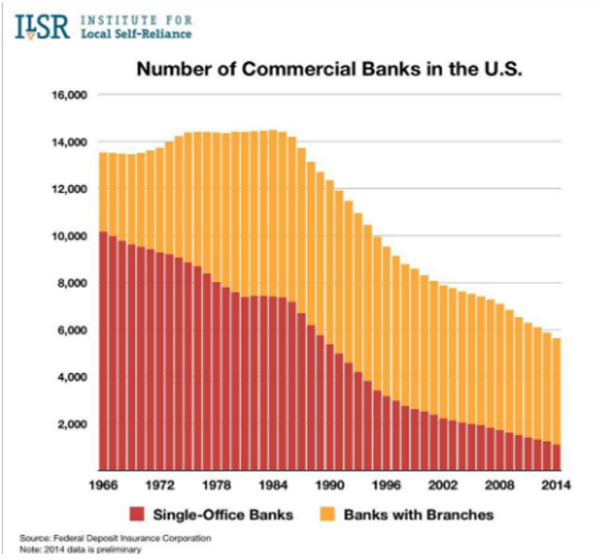
mencionar, provocó la destitución del Superintendente Financiero Gerardo Hernández, al haber permitido operaciones especulativas en el mercado bursátil.[14]

3 Comparación entre distintos esquemas de conglomerados financieros.

Para el desarrollo del presente ensayo encontramos adecuado hacer una comparación del sistema de bancos colombiano con el de otros países. Decidimos inclinarnos, para la comparación, por el sistema de los Estados Unidos, puesto que, al ser un sistema dual, es decir, que se tienen normas federales y estatales, pueden encontrarse postulados interesantes sobre conglomerados en los dos niveles mencionados.

Para efectos del presente ensayo, se delimitará el estudio a los bancos federales puesto que, si ampliamos el espectro a los bancos estatales, se tendría un estudio demasiado general y extenso al estudiar todas las normativas que se tienen en los estados. Ahora, cabe mencionar que una particularidad que tiene el sistema bancario de los Estados Unidos es que se encuentra altamente atomizado, es decir, no hay una concentración en un número limitado de bancos como sucede en Colombia. Para demostrar esto, la figura[15] que se muestra en el Anexo 1 nos da a conocer la cantidad de bancos que hay en los Estados Unidos al año 2014.

Como podemos observar en el Anexo 1 anteriormente mencionado, la cantidad de bancos es enorme, razón por la cual delimitamos el estudio, a la luz de las principales claves para entender los bancos y conglomerados financieros en Estados Unidos y en Colombia.



A) Estados Unidos

Como se dijo anteriormente, en Estados Unidos se tienen bancos federales y bancos estatales, cada uno de estos bancos se encuentra bajo una serie de lineamientos para sus operaciones. Para los efectos del ensayo nos centraremos en los bancos federales.

Esto ha generado que en los Estados Unidos haya una proliferación de bancos, esto, puede tener una explicación en el sistema federal de gobierno que es manejado en este país. Es importante tener en cuenta que cuando se le otorga una libertad legislativa y tributaria a los estados que conforman este país, estos podrán autorizar la creación de bancos que puedan suplir las necesidades propias de cada uno de los estados.
Por consiguiente, el sistema federal de bancos de los Estados Unidos tiene una autoridad a la cabeza, la Reserva Federal – en adelante FED- la cual se encarga de cumplir las siguientes funciones:[16]

- Tener conductas de política monetaria promoviendo el máximo empleo, estabilizando los precios y moderando a largo término los intereses de la economía.

- Promover la estabilidad del sistema financiero.

- Promover la seguridad y la solidez de las instituciones financieras monitoreando su impacto en el sistema financiero en su conjunto.

- Fomentando el pago y acordando sistemas de solución y eficiencia mediante el sistema bancario y facilitando al gobierno de los Estados Unidos las transacciones y pagos en dólares.

- Promoviendo la protección al consumidor y a la comunidad.

- Estas, como se dijo, son las principales funciones que cumple FED como banco central de los Estados Unidos.

En el Anexo 2 se tiene una ilustración del organigrama de trabajo de la FED[17], en donde se enuncian las entidades que la componen junto con las funciones que realizan, esto se tiene para saber cómo se distribuyen las actuaciones para el control de los bancos y de los conglomerados.

Ahora bien, luego de hablar de la FED, nos centraremos en los bancos nacionales que se encuentran bajo la supervisión de The Office of the Comptroller of Cu-

[14]Revista Dinero." Interbolsa cobró la cabeza del Superfinanciero". Agosto 16 de 2013. (Buscar en Google: Caso Interbosal, http://www.dinero.com/inversionistas/caso-interbolsa/articulo/interbolsa-razones-quiebra/181954)
[15]http://ilsr.org/wp-content/uploads/2015/03/number-banks-1966-2014.jpg
[16]https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/structure-federal-reserve-system.htm
[17]https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/structure-federal-reserve-system.htm

rrency y la regulación del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos.[18]

Estos bancos se encuentran organizados en un sistema de matrices y subordinadas, además tienen un mercado delimitado, ya que hay bancos de ahorro, bancos comerciales y otros, los cuales crean esta figura de conglomerados. Por tal razón son vigilados por una oficina federal que se encarga de controlarlos.

B) Colombia

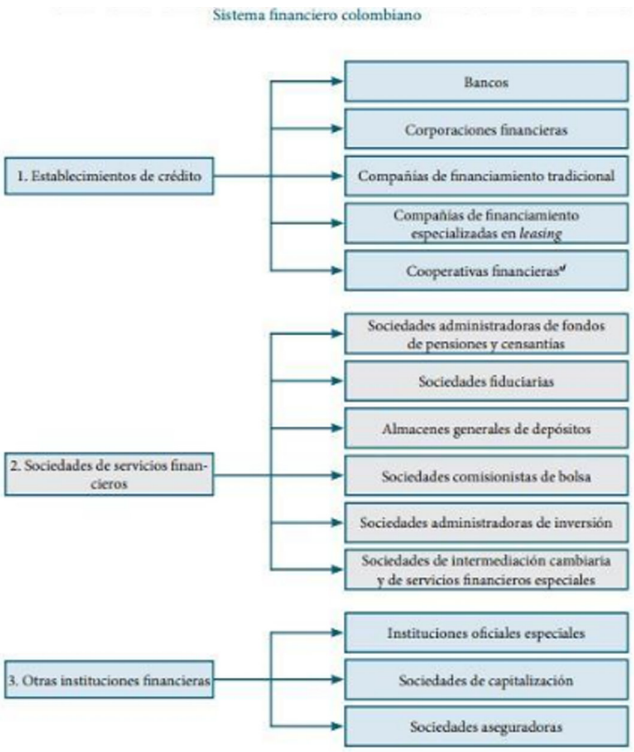
Nuestro país tiene un sistema financiero altamente concentrado, en donde hay una cantidad reducida de participantes en el mercado financiero y, donde se tiene una autoridad monetaria y crediticia, la cual es el Banco de la República. Esta institución nace con la Ley 25 de 1923 en donde se establecieron una serie de funciones que fueron modificadas con el paso del tiempo y de las necesidades macroeconómicas del país.[19]

Ahora bien, y sin caer en un estudio de arqueología jurídica sobre el desarrollo del Banco en el siglo XX, es importante resaltar la legislación que sobre temas financieros fue proferida por el legislador en la última década del siglo pasado; y también los postulados constitucionales que trajo la Carta Política de 1991.

Una de las principales leyes es la Ley 45 de 1990, que fue referenciada en páginas anteriores, en donde se expidió un cuerpo normativo conforme a los aires de apertura y renovación del modelo económico que se impuso en el país, y en muchas otras latitudes a finales de la década de los ochenta y comienzos de la década del noventa del siglo anterior.[20]

Además, y relacionado con el tema de conglomerados financieros, "la Ley 45 de 1990 desarrolló el concepto de conglomerado financiero, cuya base operativa de expansión descansó sobre el modelo de filiales, pero manteniendo cierta separación entre el principio de intermediación y el de prestación directa de servicios financieros asociados" [21].

Esta ley preparó el camino para lo que fue la expedición del Decreto 663 de 1993, o mejor conocido como Estatuto del Sistema Financiero en donde se dictaron los lineamientos del sistema que hoy se tiene en funcionamiento, y se organizaron las entidades que hacen parte del sistema financiero colombiano (Anexo 3).



En este orden de ideas, en la actualidad se tienen las siguientes instituciones encargadas de la vigilancia y control de entidades financieras:

- Superintendencia Financiera. Entidad encargada de la vigilancia de las entidades que prestan servicios financieros, la cual modificó su organigrama por virtud del Decreto 1848 de 2016

- Banco de la República. El cual se encarga de la regulación cambiaria, monetaria y crediticia.

Hay que tener en cuenta que las entidades encarga-

[18]SPARKS, Karol y WILLIAMS, Harding. The Keys to Banking Law. American Bar Association. Chicago. 2012. P. 49
[19]Sobre el particular, se recomienda profundizar en el libro Catedra del Banco de la República. Antecedentes y Régimen Funcional. Néstor Humberto Martínez Neira. 1ª Edición. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana 2013
[20]PUYO VASCO, Rodrigo. Organización de entidades financieras: fusiones, adquisiciones, conversiones, escisiones y cesión de activos y pasivos en la Ley 45 de 1990. Capítulo de libro. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2011.Pág. 81
[21]RINCON CARDENAS, Erick. La Ley 45 de 1990. La transición de la banca especializada y la banca múltiple. Capítulo de libro. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2011. Pág. 73

das de prestar los servicios financieros se encuentran en manos de *grupos económicos consolidados*, los cuales, tienen una marcada tendencia a construir un portafolio de servicios, en virtud de los cuales se logra captar una gran cantidad de clientes por medio de los productos que se ofrecen en el mercado. Por consiguiente, en el Anexo 4 se muestra el porcentaje de participación de los grupos financieros en el mercado colombiano, lo cual hace que se encuentre altamente concentrado en manos de unos pocos grupos empresariales, como se dijo anteriormente.

a/ Incluye EC, sociedades fiduciarias, SCB y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías
Fuente: SFC; cálculos del Banco de la República.

Como podemos colegir, el sistema bancario colombiano es proclive a que se concentre la banca en manos de pocas personas, con mayor facilidad, lo cual hace que sea imperioso la existencia de una normativa idónea para estas situaciones que son comunes en nuestra realidad. Además, hay que tener en cuenta que la Superintendencia Financiera, entidad encargada de regular a estas sociedades, debe cumplir una labor de lata vigilancia, en cuanto a las eventuales posiciones de dominio y a su vez, frente a abusos eventuales de esta figura.

Ahora nos adentraremos al estudio de la Ley 1870 de 2017, expedida recientemente, la cual tiene como objeto la regulación de conglomerados financieros, desde sus antecedentes y demás aspectos. Para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes aspectos: los antecedentes, motivos de expedición y su texto normativo.

4 Ley 1870 de 2017.

4.1 Antecedentes.

Como se dijo anteriormente, en la ley 45 de 1990 fue en donde por primera vez se habló sobre conglomerados financieros, allí, y como reseñamos anteriormente, se creó un sistema de bancos con matrices y filiales, en donde se buscaba poner a tono el sistema con las exigencias del mercado.

Además, por medio de operaciones de integraciones empresariales (fusiones, escisiones) a lo largo de los años noventa y la primera década de dos mil, el mercado financiero colombiano se concentró en unas pocas manos. "Fue entonces en el siglo XXI cuando se empezaron a consolidar los actuales grupos Financieros que se mantienen hasta el día de hoy y que reúnen un sinnúmero de entidades del sistema financiero colombiano: Grupo Aval, Grupo Bancolombia, Grupo Bolívar y Grupo Colpatria".[22] Teniendo este panorama, era necesario que se expidiera el texto que se referencia a continuación.

4.2 Motivos de su expedición.

Como se ha mencionado a lo largo de este escrito, las normas jurídicas colombianas han conducido en la práctica a un híbrido entre un modelo de matriz y filiales y el de una estructura de Holdings, respecto a la constitución de conglomerados financieros. No obstante, a la luz de los principios internacionales y estudios del sistema financiero colombiano, se ha identificado que la falta de una regulación unificada, clara y expresa sobre conglomerados financieros; se han generado distintas problemáticas prácticas respecto a la supervisión, vigilancia y control de las mismas.

No está bajo discusión que el ordenamiento jurídico colombiano, no contaba con una unificación normativa sobre estas agrupaciones, que no existía una regulación respecto a holdings financieros y no financieros, y, sobre todo, que no existía una regulación que otorgará facultades legales a la SFC respecto a la supervisión efectiva sobre sociedades holding de conglomerados financieros, ya que básicamente sólo contaba con facultades sobre entidades supervisadas y sus filiales.[23]

Por consiguiente, resultó necesario contar con una ley de conglomerados que brindará las facultades necesarias a la Superintendencia Financiera y al Gobierno Nacional para controlar a los conglomerados financieros, y sus holdings financieros, es decir, que proporcionará las herramientas de vigilancia y control necesarios y acordes a las prácticas internacionales y procesos de internacionalización experimentados durante los últimos años.[24]

4.3 Texto Normativo.

Como se dijo en los antecedentes y en los motivos de la expedición, esta ley busca poner a tono de una economía globalizada la actividad financiera colombiana, esto, en aras de lograr un mayor control y eficiencia

[22]Recuperado el 9 de noviembre: http://www.eafit.edu.co/revistas/revistamba/Documents/mba2011/3-entidades-bancarias-colombia.pdf.
[23]OCDE. Estudios Económicos de la OCDE Colombia. OECD Economic Surveys: Colombia© OECD 2017 (mayo de 2017)
[24]Boletín No. 176, Oficina de Comunicaciones. [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Proyecto de Ley de Conglomerados Financieros pasa a sanción presidencial. (22/08/2017).

de la Superintendencia Financiera. Esta nueva norma modificó varias disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en lo relacionado con Holdings, funciones y atribuciones de la Superintendencia Financiera. Siendo importante mencionar los principales cambios introducidos al ordenamiento jurídico colombiano, como se explicará a continuación:

A) Objeto: en el artículo 1 se busca definir el ámbito de la supervisión y regulación de los conglomerados financieros en aras de tener una estabilidad en el sistema financiero.

B) Conglomerado financiero: se define desde el punto de vista económico y societario en donde se establece que esta se encuentra constituido por su controlante y las siguientes entidades subordinadas:

- Entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y sus subordinadas financieras nacionales y/o en el exterior;

- Entidades en el exterior que ejerzan una actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus subordinadas financieras nacionales y en el exterior;

- Las personas jurídicas o vehículos de inversión a través de los cuales el holding financiero ejerce el control de las entidades a que se refieren los literales a) y b) del presente artículo.

C) Ámbito de supervisión: en este evento la Superintendencia Financiera tendrá la inspección y vigilancia del holding financiero, la disposición legal establece lo siguiente:

Así mismo, para efectos de establecer su ámbito de supervisión, la Superintendencia Financiera de Colombia identificará la entidad que actuará como holding financiero en cada conglomerado y las entidades que conforman el conglomerado financiero sin que para efectos de su supervisión se puedan establecer sub conglomerados al interior de un conglomerado financiero.

Parágrafo. A los holdings financieros de que trata la presente ley no le serán exigibles las contribuciones definidas en el artículo 337 del EOSF, conservando para el efecto su régimen frente a la Superintendencia de Sociedades; lo anterior sin perjuicio de las contribuciones que deben asumir en su condición de emisores de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores.

De este texto se desprende una importante modificación al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esta modificación está en las disposiciones varias de la Superintendencia Financiera y se le atribuye una competencia especial a la entidad administrativa sobre los holdings.

D) Facultades de la Superintendencia Financiera: es una nueva facultad que se otorga a esta entidad administrativa, en virtud de la cual se busca ejercer una supervisión comprensiva, y consolidada de los conglomerados, para esto, se le adiciona al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las siguientes disposiciones:

1) Impartir instrucciones a los holdings financieros relacionadas con la gestión de riesgos, control interno, revelación de información, conflictos de interés y gobierno corporativo, que deberán aplicar las entidades que conforman el conglomerado financiero.

La gestión de riesgos será aplicable de acuerdo a la naturaleza de cada una de las entidades que conforman el conglomerado financiero.

1) Requerir a los holdings financieros cambios en la estructura del conglomerado financiero siempre que la existente no permita una adecuada revelación de información, una supervisión comprensiva y consolidada o la identificación del beneficiario real y de las entidades que lo conforman.

Por último, el ejercicio de esta facultad deberá tener en consideración si la estructura pone en riesgo a la estabilidad del sistema financiero o del mismo conglomerado financiero.

5 Conclusiones.

El tema de conglomerados financieros como se ha expuesto a lo largo de este escrito, ha tenido gran desarrollo e impacto en el contexto jurídico colombiano. Si bien se partía en los ochenta de un esquema altamente regulado de banca especializada, a la luz del mercado cambiante y las actividades y necesidades reales de las entidades y agentes financieros, se logró establecer un esquema de multibanca, de sociedades matrices y filiales, caracterizado por ser un sistema con más libertades y mayor eficiencia. Hecho que permitió que los Establecimientos Bancarios nacionales se posicionaran como las entidades líderes de los más relevantes conglomerados financieros extranjeros.

No obstante, al ser entidades con gran relevancia socio jurídica y económica, la normatividad que se había tenido no satisfacía por completo las necesidades financieras requeridas por los agentes nacionales, contrariando el principio mutabilidad financiera. Problemáticas como la ausencia de unanimidad normativa, dualidad de definiciones, falta de mecanismos de control y supervisión, y vacíos en cuanto a elementos propios de la existencia de la constitución de los conglomerados, como los vehículos de holdings, además de la ocurrencia de sucesos nacionales como: el escándalo de Interbolsa y el procedimiento de adhesión de Colombia a la OCDE; crearon un entorno regulatorio positivo, favorable y congruente para buscar una normativa comprensiva y consolidada de conglomerados en Colombia.

Por virtud de lo anterior, se expidió la Ley 1870 de 2017, cuyo objetivo no solo consistió en suplir las

necesidades y vacíos regulatorios a nivel del ordenamiento jurídico colombiano, sino en establecer las herramientas de control y regulación, en cabeza de la SFC como órgano de control, respecto a la posible responsabilidad que pueden soportar los socios de los conglomerados al constituir holdings financieros, en cuanto a la sociedad y los acreedores.

Por último, cabe mencionar que, si bien se realizó un gran avance normativo a la luz de principios internacionales como los establecidos en el Comité Bancario de Supervisión de Basilea y el "Joint Forum", todavía quedan dudas respecto a la responsabilidad de los socios cuanto el conglomerado constituye un holding no financiero, debido a que si bien se establece toda una normativa de control de los financieros de los no financieros no se hace mención alguna.

Bibliografía

Boletín No. 176, Oficina de Comunicaciones. [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Proyecto de Ley de Conglomerados Financieros pasa a sanción presidencial. (22/08/2017).

Código de Comercio [COM]. Decreto 410 de 1971. Arts. 260. Marzo 27 de 1971 (Colombia)

Decreto 2555 de 2010. [Decreto Único Superintendencia Financiera de Colombia]. Por el cual se recogen y re-expiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 2010.

Circular Externa No.100 de 1995). [Superintendencia Bancaria de Colombia]. Por la cual se expide la Circular Básica Contable y Financiera. (noviembre 1995).

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz. Principio 12 y 13. diciembre de 2011. (Buscar en Google: https://www.bis.org/publ/bcbs213_es.pdf).

Echavarría, Daniel. El Régimen de Conglomerados Financieros en Colombia: Recomendaciones para Aplicación de Mejoras Prácticas Internacionales. http://www.felaban.net/monografias/ganadores/2016/Daniel%20Echavarria%20-%20El%20Regimen%20de%20Conglomerados%20Financieros%20en%20Colombia.pdf.(buscar en "Google.com"." Regulación de Conglomerados Financieros en Colombia" después seleccionar el primer hyperlink). (30 de junio de 2016).

Ley 1870 de 2017. Por la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos para solución de entidades financieras. (21 de septiembre de 2017).

Ley 222 de 1995.Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.20 de diciembre de 1995. D.O. No. 42.156.

Revista Dinero." Interbolsa cobró la cabeza del Superfinanciera". Agosto 16 de 2013. (Buscar en Google: Caso Intercostal, http://www.dinero.com/inversionistas/caso-interbolsa/articulo/interbolsa-razones-quiebra/181954).

OCDE. Estudios Económicos de la OCDE Colombia. OECD Economice Sirves: Colombia© OECD 2017 (mayo de 2017)

Proyecto de Ley 119 de 2016. Por la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras.23 de agosto de 2016.

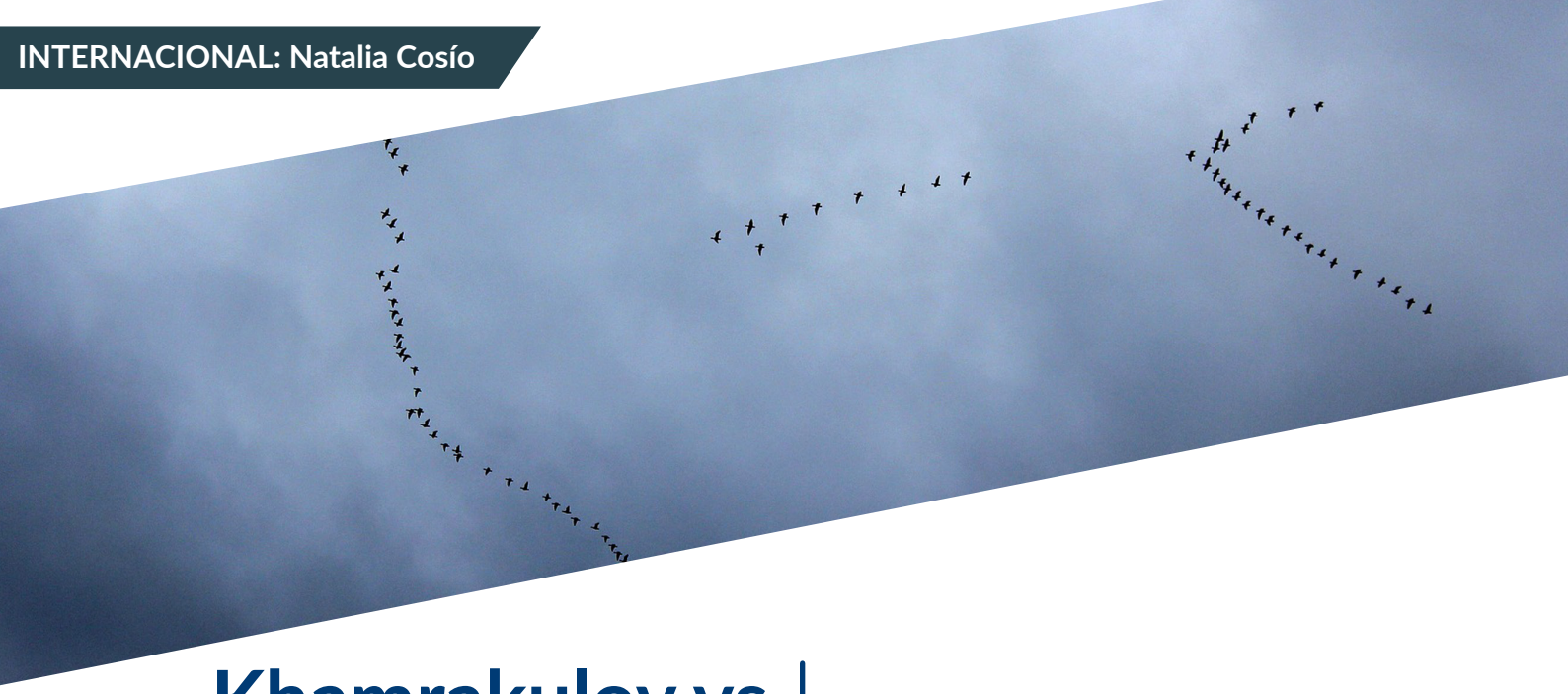
U.N. CEPAL/PNUD, UNIDAD DE FINANCIAMIENTO, D.C.I.T.F. Regulación Y Supervisión De Conglomerados Financieros En Colombia.Doc S66. (septiembre de 1997).

ZULETA, Luis Alberto. "Regulación y Supervisión de Conglomerados Financieros en Colombia. Naciones Unidas. Santiago de Chile, 1997. Pg. 33.

[14]Revista Dinero." Interbolsa cobró la cabeza del Superfinanciero". Agosto 16 de 2013. (Buscar en Google: Caso Interbosal, http://www.dinero.com/inversionistas/caso-interbolsa/articulo/interbolsa-razones-quiebra/181954)

[15]http://ilsr.org/wp-content/uploads/2015/03/number-banks-1966-2014.jpg

[16]https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/structure-federal-reserve-system.htm



Khamrakulov vs Russia

Natalia Cosio del Rio
Universidad Pontificia Comillas
ICAI-ICADE

RESUMEN: Este ensayo analiza la sentencia promulgada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Khamrakulov vs Russia App nº 68894/13.

A pesar de que no es una de las sentencias más famosas en relación al derecho migratorio y de asilo, es una de las más recientes y con más poder e influencia en la doctrina y jurisprudencia reciente y próxima. La estructura de este ensayo es la siguiente. Partiendo del análisis de los hechos, pasaremos al derecho alegado por las partes: por Khamrakulov, uzbeko de 16 años, como por Rusia, el Estado. En segundo lugar, acudiremos al derecho aplicable al caso, según el TEDH. Enfatizaremos en los hechos controvertidos y la relevancia del caso en el derecho migratorio y de asilo. Nos detendremos en la construcción jurisprudencial del TEDH sobre el derecho migratorio, y de asilo, así como de los refugiados, citando sentencias relevantes aplicables al caso. Finalmente, la autora ofrecerá una opinión personal sobre el tema.

Palabras Clave: Derecho migratorio, derecho de asilo, TEDH, no tortura, no devolución, non-refoulement, migrantes, Uzbekistán, Rusia.

ABSTRACT: This essay analyzes the sentence enacted in 2015 by the European Court of Human Rights, App nº 68894/13 or "Khamrakulov versus Russia". Despite this is not the knownest sentence related to "ill-treatment" and "asylum seeking", it is extremely relevant for the following jurisprudence and doctrine related with Migration and Asylum Law. As it is one of the newest cases about this topic, the resolution can be relevant for the near future. The structure is the following. First at all, the essay analyzes the facts, and the law pleaded by the parties: Khamrakulov, an Uzbek national and Russia, the sued state. Secondly, we are going to go into the applicable law to the case according to the European Court of Human Rights. We point out in the essay the controversial facts and the relevance of the case regarding immigration law and we are going to analyze also the pleaded "ill-treatment". Moreover, we are going to detain in the "European Court of Human Rights" Jurisprudential System for refugees. Finally, a personal conclusion will be given.

Key Words: Migration Law, Asylum Seeker, Russia, Uzbekhistan, ECHR, ill-treatment, Asylum Law, migrants

Recepción: 29.12.2017 Aceptación: 16.03.0218

1. Aims of the Essay

The aims of the essay is to analyze the following sentence enacted in 2015 by the European Court of Human Rights, App nº 68894/13 or "Khamrakulov versus Russia".

First at all, I am going to analyze the facts. Then, we are going to go into the law pleaded by the parties: Khamrakulov, an Uzbek national and Russia, the sued state. Thirdly, we are going to go into the applicable law to the case according to the European Court of Human Rights. We are going to point out in the essay the controversial facts and the relevance of the case regarding immigration law and doctrine, and we are going to analyze also the pleaded "ill-treatment". Moreover, we are going to detain in the "European Court of Human Rights" Jurisprudential System for refugees. Finally, a personal conclusion will be given.

This essay is not going only to analyze the facts, the applicable law and the position of the court but it is going to analyze also the controversial facts, both parties and the legal aspects. It is also important to go into the importance of the case for the future, and its impact in immigration and refugee law. As this case is not as old as other cases, it can be a precedent for other cases in the foreseeable future.

2. Content

2.1 The Facts

Mr Abdilaziz Makhmudzhanovich Khamrakulov was born in 1994 in Osh, Kyrgyzstan, despite he and his family had Uzbek ethnic origin. However, they had to leave the Kyrgyz Republic in 2010[1] after *"the mass disorder and inter-ethnic clashes"* (Khamrakulov v. Russia 2015) in the region of Osh in June 2010. He moved to Russia in September to continue his secondary education, as he was still 16 years old.

After several months, in February 2011, he was charged in Kyrgyzstan for his participation in *"mass rioting, kidnapping, destruction of property and damage to property"*,[2] crimes supposedly committed in Kyrgyzstan, and consequently put on the *"wanted list"*. Years passed and Khamrakulov was not captured, however, on January 2013, he was arrested in Russia and the process of extradition started, as the Kyrgyz authorities had interest on continuing the process in its original country. Herein we have the first controversy we are going to find in the case.

The arguments of the Prosecutor of Kyrgyzstan laid on the classification of the crimes, as they argued that the extradition *"was related to ordinary criminal offences and was not aimed at persecuting the applicant on religious or political grounds, or ground relating to his nationality"*.[3] We have to point out here that, Khamrakulov had Uzbek origin and he had to leave Kyrgyzstan because the mass disorder and inter-ethnic classes. In contrary, the plaintiff´s lawyer claimed the high risk that Khamrakulov had if he was extradited to the Kyrgyz Republic, to suffer inhuman treatment and violations of Human Rights. But finally, the Russian Prosecutor continued with the extradition request because *"there were not grounds in Russian or international law for refusing to extradite the applicant."*,[4] and there were not causes stablished of the Criminal Procedure Code of Russia that could exclude this possibility; even though the applicant tried to stop the procedure of extradition on September 2013. The Supreme Court of Russia denied the appeal arguing that the applicant would not be deprived of his fundamental guarantees and rights (in November 2013). While the extradition process was being studied, it was also studied his detention process. He was applied interim measures by the Russian Court and released from custody on January 2014.

At that point of the facts, I see the importance to analyse that the applicant had to leave Kyrgyzstan because his ethnical condition (Uzbek origin) and during a critical moment that could be an attempt against his integrity, ethnic and inclusively, live; when he was only 16 years old, despite he was already legally overaged according to Kyrgyz Law. The first "note" we are going to have in consideration is his particular ethnic condition. The second characteristic is that he leaved the country during a controversial moment. Thus according to the article 1 A of the Geneva Convention of 1951 as amended by the Additional Protocol of 1967, a refugee is a person who has a well founded fear of being persecuted because his or her specific, concrete, ethnic, religious, sexual origin[5]. Had Khamrakulov this well-founded fear? Yes.

2.2 Was Khamrakulov considered a refugee?

Khamrakulov applied for refugee status while his extradition order and imprisonment were being studied. Why he applied for this status? He pleaded that returning to Kyrgyzstan would be a threat against his

[1] Related to the same violence period in Osh, Kyrgyzstan, we can find the case of Murodil Tadzhibayev vs Russia, who leaved the Kyrgyz Republic with Abdilaziz Khamrakulov. "Further information on UA 271/13 RUSSIAN FEDERATION - FOUR ASYLUM-SEEKERS AT RISK OF EXTRADITION"; Amnesty International; March 7th, 2014; url: www.amnesty.se/upload/apps/webactions/urgentaction/2014/03/07/44602014.pdf

[2] In Kyrgyzstan the legal age for being criminal liable is 16 years old.

[3] Khamrakulov v. Russia. Application no. 688894/13, European Court of Human Rights; April 16th, 2015

[4] Khamrakulov v. Russia. Application no. 688894/13, European Court of Human Rights; April 16th, 2015

[5] Article I.A; Chapter I; Convention and Protocol relating to the Statues of Refugees; United Nations High Commissioner for Refugees; New York 1967.

Human Rights and life. He did not commit any crime in Kyrgyzstan but the authorities wanted him for his Uzbek origin (as we analysed before). He also argued that he was not a member of any organization as political parties, religion, sects….

The refugee status was denied on July on the same year by the Moscow migration authority while the public opinion claimed for his freed.

The Moscow Migration authority argued:

• There was not any real risk for persecution.

• His family leaved in Kyrgyzstan even though they had also Uzbek origin and he had also a treat of favour within the Osh town council who gave him an scholarship.

• He did not have any reason to be fear of being persecuted in Kyrgyzstan because his particular religion, political thoughts or ethnics. Thus he was not considered a refugee according to the Geneva Convention of 1951, that defines a Refugee as a person who has a *"well founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it."*[6]

• He did not exhausted all the national jurisdictional stages, to ask for asylum needed *"have recourse to available and sufficient remedies within the national legal system"*[7]

The applicant argued the following:

• The scholarship he got came from his former college and not from Osh Town Council, inaugurated by the "Uzbek expatriate community for young people" who also leaved Kyrgyzstan after the riot in June 2010, when Khamrakulov leaved. According to Amnesty International, five Uzbeks leaved Kyrgyzstan in the same period and were also convicted for the same reasons as Khamrakulov.[8]

• Furthermore, he and his relatives suffered continuous discrimination, xenophobic and racist episodes, and lived under the pressure of Kyrgyz authorities. He exhausted all the possible remedies due to the Russian Jurisdictional System, and, as we are going to explain later, the cassation system in Russia does not work like in most of the "occidental" jurisdictional system.

Thus, did Khamrakulov reunited the necessary requirements to be considered a Refugee according to the Geneva Convention as amended by the 1967 Aditional Protocol?

• Khamrakulov was a "non-national" from Russia (legally founded by the article 1.A.2 of the Geneva Convention of 1951).

• He had a well-founded fear to return to his country and to be persecuted for reasons of race, religion, and so on there were several cases of ethnic Uzbeks who fled the Kyrgyz Republic during the same period of time because the same riot and ethnic-clash riots and conflicts and convicted within the same crimes without any criminal background); because he would be probably tortured (he also supported that his family was under pressure by the Government).

• Khamrakulov was persecuted by the Kyrgyz Government, a state actor.

• Had Khamrakulov reunited any cessation or exclusion causes? He never was a refugee so he could not stop being a refugee. Furthermore, he was not part of the "excluding" group as he was not considered to be a criminal, international criminal prosecuted for humanitarian crimes, genocide, against public order etcetera.[9]

In conclusion, if he reunited all the requirements for being considered a refugee, why he was not considered a refuge? Why the same ECHR sentence did not specify it as well?

2.3 UNHCR and the Moscow Authorities

As his asylum request was finally denied, and the Moscow Authorities did not accepted his claim, the applicant pleaded to the Russian Representative´s Office of the UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees), and surprisingly (or not, depending of the point of view), the United Nations had received a similar case about an ethnic Uzbek who leaved Kyr-

[6] Article I; Chapter I; Convention and Protocol relating to the Statues of Refugees; United Nations High Commissioner for Refugees; New York 1967.
[7] "ECtHR – Khamrakulov v. Russia Application no.68894/13 16 April 2015"; European Data Base of Asylum Law; rec: http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-khamrakulov-v-russia-application-no-6889413-16-april-2015
[8] "Abdilaziz Hamrakulov, Vohid Aliyev, Murodil Tadzhibayev, and Botir Turgunov, all from Osh region in southern Kyrgyzstan, fled to Russia after four days of violent clashes between ethnic Kyrgyz and ethnic Uzbeks in southern Kyrgyzstan in June 2010"; Further information on UA 271/13 RUSSIAN FEDERATION - FOUR ASYLUM-SEEKERS AT RISK OF EXTRADITION"; Amnesty International; March 7th, 2014; url: www.amnesty.se/upload/apps/webactions/urgentaction/2014/03/07/44602014.pdf
[9] Article 1.F; Chapter I; Convention and Protocol relating to the Statues of Refugees; United Nations High Commissioner for Refugees; New York 1967.

gyzstan within the same period of time and was also convicted for the same "crimes" (the case of Murodil Tadzhibayev v. Russia that was mentioned before). The United Nations considered that *"there was a real threat that ethnic Uzbeks accused of offences during the mass disorder in June 2010, including the applicant, would be subjected to torture and other inhuman treatment and punishment in the event of extradition to Kyrgyzstan."*[10] Furthermore, at same time of his application to the UNHCR, Amnesty International claimed for the liberation of Khamrakulov and four others Uzbeks who were in exactly the same situation.[11]

However, the Moscow authorities denied again the application based on the same arguments explained in the last epigraph. Khamrakulov had to wait even more years to see his application fulfilled, considering it a violation of article 5 para 4 of the Convention of Human Rights, explained later.

2.4 Law pleaded by the Applicant

Khamrakulov firstly alleged that there was a violation of Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms (European Convention of Human Rights), signed in Rome in 1950 which exposes: *"No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."*

In contestation to the Russian Government, the plaintiff argued that he *"had exhausted all effective domestic remedies"*,[12] which means that he depleted all the Russian Judicial Instances and the "cassation" in the Russian system does not have a suspensive effect[13], otherwise, his process would be suspended until the Court´s decision. Thus it means that according to this party, all the internal ways were used and the only remedy they had was to plead to the ECHR.

One of the arguments of the Russian Government to defend their position as we are going to analyse in next epigraph, was that the Kyrgyz Republic had improved their Human Rights situation. It was completely denied by this party, as they raised the United Nations Committee against Torture report (that is possible to read in the sentence Khamrakulov v. Russia, no. 68894/13 in section 41) considered Kyrgyzstan's second periodic report and in December 2013 issued concluding observations (CAT/C/KGZ/CO/2), in which is set forth that Kyrgyzstan was clearly violating the article 3 of the European Convention of Human Rights, there was a widespread use of ill-treatment and torture, besides it also gathered a similar case: the case of Azimjan Askarov, *"an ethnic Uzbek human rights defender prosecuted on criminal charges in connection with the death of a police officer in southern Kyrgyzstan in June 2010"*.[14]

Even though it was not directly mentioned, they defended the principle of "non-refoulement" defined in the article 33.1 of the United Nations Geneva Convention relating to the Status of Refugees, 1951: *"No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion."*[15] It is related to what it was explained before, if was Khamrakulov a "considered" refugee or not. Even thought the rule of the Court did not say nothing about, he reunited all the requirements a "refugee needs" in order to be considered that, and, according to International Law, the principle of "non-refoulement" is part of Customary Law so it should be applied to every country even though is a signing or party state or not.

As we mentioned before, this party argued that the delay of the process, the lack of guarantees and effectiveness were a violation of article 5 para 4 of the European Convention of Human Rights: "*Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful"*[16] The plaintiff stated that the process of detention and extradition lasted for three years, and the guarantees of a just and fair trial were not accomplished. If we take a brief look to the facts, it is important to remember that actually there were not "concrete crimes" for detaining Khamrakulov, besides simultaneously there were other three similar cases to his, of Uzbek origin men who leaved Kyrgyzstan because their ethnic background and were also charged of those crimes.

2.5 Law pleaded by the Russian Government

First at all, I would like to point out that the arguments of this party are based more on the criminal proceeding (claiming the Russian Code of Criminal Procedure) and the "general Human Rights" situation in Kyrgyzstan, than in concrete articles of the European Convention of Human Rights. Of course, for this party the article 3 was not appropriated to the case and of course they also denied the United Nations Com-

[10]Khamrakulov v. Russia. Application no. 68894/13, European Court of Human Rights; April 16th, 2015

[11] "In his appeal against the judgment of 22 January 2014 the applicant requested a rigorous examination of his arguments related to the risk of ill-treatment. He again referred to various reports of international organisations and reputable NGOs to support his position, including the UNHCR's letter of 12 September 2013 in respect of himself and four other individuals of Uzbek ethnic origin"; Khamrakulov v. Russia. Application no. 68894/13, European Court of Human Rights; April 16th, 2015

[12] Khamrakulov v. Russia. Application no. 68894/13, European Court of Human Rights; April 16th, 2015

[13] "(...) He further claimed that the Government had failed to adduce any arguments showing that the remedies under Chapters 47.1 and 48.1 of the CCrP were effective. In particular, cassation appeals pursuant to Chapters 47.1 and 48.1 of the CCrP did not have an "automatic suspensive effect". Khamrakulov v. Russia. Application no. 68894/13, European Court of Human Rights; April 16th, 2015

[14] United Nations Committee against Torture considered Kyrgyzstan's second periodic report and in December 2013 issued concluding observations (CAT/C/KGZ/CO/2); rec. Khamrakulov v. Russia. Application no. 68894/13, European Court of Human Rights; April 16th, 201

[15] UN General Assembly; "Convention Relating to the Status of Refugees"; July 28th, 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, available at: http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html

[16] Article 5 para 4; European Convention for the Protection of Human Rights; Rome, 1950.

mittee observations regarding the "not appropriate" situation of respect of Human Rights in Kyrgyzstan.

On one hand, the Government stated that the applicant did not "finish" the correct procedure, it means that the applicant did not go to all the stages and appeals needed in the Russian law for appealing finally to the ECHR. It was needed to go to the Cassation Court. This argument was based legally on chapters 47 and 48 of the Russian Code of Criminal Procedure[17].

On the second hand, the Government also tried to "defend" the Kyrgyz Republic, arguing that Kyrgyzstan, was a member of important international organizations, the same United Nations and it had also *"ratified all fundamental international conventions on human rights. In particular, Kyrgyzstan had been a party to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984 since 5 September 1997, and to its Optional Protocol of 18 December 2002 since 29 December 2008."* For this reason, it had introduced reforms in their internal institutions according to these conventions. After many paragraphs trying to argue the favourable situation of Kyrgyzstan, they took up the argument alleged along all the Statement of Defence: that the applicant would not be in risk in Kyrgyzstan.

2.6 The Court Decision

The court ruled in favor of the applicant. There reaffirmed that there was a violation of Article 3 of the Convention if the applicant would be extradited to Kyrgyzstan and a violation of Article 5 para 4 of the same text because the process took more time than the allowed. As they were similar cases to Khamrakulov´s, the Court ruled similarly to the rest, and pointed out that *"These judgements hold that extradition to Kyrgyzstan would be a violation of Article 3 of the European Convention of Human Rights (prohibition of torture or other ill-treatment, including sending people to places where they would face a real risk of treatment in violation of this prohibition)."*[18]

However, there is a moment when it is said: the court *"Decides to continue to indicate to the Government under Rule 39 of the Rules of Court that it is desirable, in the interests of the proper conduct of the proceedings, not to extradite the applicant until such time as the present judgment becomes final or until further order."* Is it a real solution for that case? Why they did not mention something about his seek for asylum or his refugee status? Why the European Human Rights Court just "indicate" the Russian Government that they shall not extradite the applicant to Kyrgyzstan? Is it actually effective? We are going to discuss it later.

3. Critical Reflections

3.1 June 2010 crisis

Firstly, it is important to make an inflexion point on the historical and geographic situation of Osh, Kyrgyzstan, at the time of Khamrakulov´s. Institutions as the International Coalition for the Responsibility to Protect, Amnesty International or OSCE, were focused on the ethnic conflict that occurred at that time in Kyrgyzstan. The same United Nations (UNCHR) reported *"indiscriminate killing and rape, taking place in Kyrgyzstan on the basis on ethnicity."*[19]; more than 300.000 displaced people whereof over 100.000 people had to cross the border and move to other country[20]. It was considered *"(...) the worst inter-ethnic clashes to hit Kyrgyzstan since the collapse of the Soviet Union."*[21]. After this crisis, there were critics to the Kyrgyz Government for not having an impartial position regarding it, "In November 2010, 72 people were detained on charges relating to the June ethnic violence, and 17 defendants from the Uzbek ethnic community were sentenced to life in prison. The judicial process has been criticized by human rights organizations including Human Rights Watch, as "most of the arrests seem to be targeted against the Uzbek community", and defendants, their families, and attorneys have been threatened and attacked."[22]

Secondly, the case of Khamrakulov was not an aisled case: at the same time the Moscow Government started to process his extradition to Kyrgyzstan, there were other process opened in Russia against Uzbek ethnic nationals from Kyrgyzstan like Murodil Tadzhibayev, Botir Turgunov, Nabid Abdullayev, Mamadaliyev and Vohid Aliyev[23]. Amnesty International impinged on those cases several times, and accused Kyrgyzstan to violate all the international treaties and covenants for the protection of Human and Civil Rights, as it has signed the major of them. *"Kyrgyzstan has issued dozens of extradition requests for ethnic Uzbeks whom the authorities accuse of having organized or participated in the June 2010 violence in*

[17] "The Government also submitted that the applicant had failed to lodge cassation appeals pursuant to Chapters 47.1 and 48.1 of the Russian Code of Criminal Procedure ("CCrP") against the Supreme Court's appeal judgment of 6 November 2013 upholding the extradition order." Khamrakulov v. Russia. Application no. 68894/13, European Court of Human Rights; April 16th, 2015

[18] "Amnesty International Public Statement"; Amnesty International, AI index: EUR 58/1846/2015; June 10th, 2015.

[19] "Crisis in Kyrgyzstan", International Coalition for the Responsibility To Protect; 2010, rec: http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/crises/crisis-in-kyrgyzstan

[20] United Nations High Commissioner for Human Rights.

[21] FORESTIER-WALKER, R.: "Kyrgyz conflict an 'immense crisis'; Al Jazeera; June 15th, 2010; rec: http://www.aljazeera.com/news/asia/2010/06/201061751248769765.html

[22] "Crisis in Kyrgyzstan", International Coalition for the Responsibility To Protect; 2010, rec: http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/crises/crisis-in-kyrgyzstan

[23] "URGENT: four asylum-seekers at risk of extradition"; Amnesty International; March 7th, 2014, rec: https://www.amnestyusa.org/files/uaa27113_0.pdf

Osh and Jalal-Abad. *Most of those sought have fled to Russia, with lesser numbers seeking refuge in Kazakhstan and Ukraine. The European Court of Human Rights has now issued several judgements on the risk of torture and other ill-treatment for ethnic Uzbeks accused of involvement in the June 2010 violence and threatened with return from Russia to Kyrgyzstan."*[24] The most important case we could probably find was Gayratbek Saliyev v. Russia, also an Uzbek ethnic national from Kyrgyzstan who had to leave his country for the same reasons as Khamrakulov and also was in charged of the same crimes as Khamrakulov. His asylum seeking was also denied and his extradition order continued. The Government also argued that there were no reasons for not extraditing as the situation for Human Rights, justice system and fair trials had improved in Kyrgyzstan[25]. Exactly, the fail was the same: violation of articles 3 and 5 para 4 of the European Convention of Human Rights.

3.2 The "ECHR System" for refugees and its effectiveness. Khamrakulov as a refugee.

We have explained along the essay the arguments of both parties and why Khamrakulov could be considered a refugee. It is not easy to define what a refugee is or not, and was even more difficult during 2013 and 2015 (when the ECHR finally ruled). This is why it is our task to analyze the refugee status under the "ECHR System", and why it is effective or not. Firstly, it is important to notice that the nouned "ECHR System" is based on case-law. Secondly, it is focused on these articles of the European Convention for Human Rights: article 3 (the one alleged in this case), article 8, article 13 and article 4 of the Fourth Add Protocol to the ECHR.

As the court mentioned in their decision and as the plaintiff argued, the article 3 of the European Convention for Human Rights prohibits explicitly torture and inhuman treatments and punishments: Khamrakulov suffered discriminating and inhuman treatments in his origin country for his ethnic condition. Yes, it is true that he suffered discriminating and inhuman treatments and he was also punished and persecuted for something he did not do just because his ethnic condition.

The article 8 states that everyone has the right to be respected for his private life and family, and that there *"shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime,(…)."*[26] Khamrakulov v. Russia did not present any prima facie for arguing that this man could be considered a public danger (cessation or exclusion of the definition of refugee according to article 1 A of the Additional Protocol of 1967 to the Geneva Convention of 1951). Moreover, we shall note that this case did not come alone but together with cases like the ones mentioned before (Abdullayev v. Russia case that has a lot of parallelisms[27], Turgunov v. Russia, etcetera), cases where the applicants were also condemned for crimes that were not committed by the plaintiffs, where the asylum seeking process were denied and where the extradition orders continued as the Russian government considered that *"they would not receive any torture or ill-treatment in Kyrgyzstan."*[28]

One of the most important articles that we could apply to this case under the "ECHR System" is the article 13 of this text. This article specifies: *"Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."*[29] If we look back, in epigraph 2 we explained the arguments of the Russian Government which stated that the applicant did not exhausted all the remedies within Russian jurisdictional system thus, his application was not proper. However, with this article, it is possible to ensure an "extra" protection to the person whose rights are being violated, as it states that Khamrakulov had the right to have an effective remedy before the Russian government understood that his rights were violated by the Kyrgyz (and Russian also) government. One of the critics we could have to the plaintiff´s paper is the absence of arguments regarding this article, because they stated that they depleted all the possible legal means and also went deeply into the "cassation" functioning rather than appealed directly to this article that could be more in accordance the appeal to the European Court of Human Rights.

The last article under the ECHR system is the article 4 of the Fourth Add Protocol to the ECHR. This article specifies: *"Collective expulsions of aliens is prohibited"*. Can we apply this article to this case? I would give an affirmative answer to this question, but first, was Khamrakulov an alien? Yes, as an alien is the name

[24] "Amnesty International Public Statement"; Amnesty International, AI index: EUR 58/1846/2015; June 10th, 2015.
[25] DUPRAZ, S.; GOETH-FLEMMICH, B.; KUBÍCEK, M.; SELVAGGI, E.; SKOCZELAS, M.; VERBET, E.: "Case Law by the European Court of Human Rights of Relevance for the Application of the European Conventions on International Co-Operation in Criminal Matters" Committee of experts on the operation of European Conventions on co-operation in criminal matters; European Committee on Crime Problems; Strasbourg; October 10th, 2017.
[26] Article 8; European Convention for the Protection of Human Rights; Rome, 1950.
[27] "Relying on Article 3 (prohibition of torture and of inhuman or degrading treatment), Mr Abdullayev complains that, if extradited to Kyrgyzstan, he would be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment because he belongs to the Uzbek ethnic minority. He further complains, under Article 5 § 4 (right to have lawfulness of detention decided speedily by a court), that his appeals against two of the detention orders were not examined "speedily" and that there was no effective procedure by which he could have challenged his detention."; Forthcoming judgments and decisions of the ECHR; European Court of Human Rights, October 9th, 2015; rec: file:///C:/Users/Natalia%20Cosio/Downloads/Forthcoming%20judgments%20and%20decisions%2013-15.10.15.pdf
[28] Khamrakulov v. Russia. Application no. 68894/13, European Court of Human Rights; April 16th, 2015
[29] Article 13; European Convention for the Protection of Human Rights; Rome, 1950.

given to someone who is not a national from a concrete state thus Khamrakulov was an alien from Russia. As we have mentioned before, the case of Khamrakulov was not an aisle case and there were other Uzbek-Kyrgyz men who had to suffer the same as Khamrakulov did in the same period of time and for the same reasons. Could it be considered a "massive expulsion"? It could be considered a great expulsion of "aliens" but without being responsible of this expulsion (the Russian government tried to "blame" the Kyrgyz Government).

4. Conclusions

The impact of Khamrakulov v. Russia, cannot be analyzed separately from the other cases which were handled at the same time. Probably, this case in particular, is not the most famous, but it is important all in all. On one hand it makes us realize that the migration phenomena is not an aisle case located nowadays in Syria but, people were migrants since the beginning of the times. It also shows the importance of the institution of "Asylum Seeking" for the protection of fundamental rights and liberties, and the lack of guarantee-based jurisdictional systems around the world. On the other hand, this case rises up this question: even though Kyrgyzstan and Russia signed all the treaties related with Human Rights, it is possible to see a lack of application of those Human Rights in their own systems.

I do see the importance of this case in relation to the situation at the time and currently of Kyrgyzstan and Russia regarding Human Rights. Despite of all the ratifications of Human Rights related treaties and protocols and so on and so forth those states signed, they continued committing different attempts to Human Rights, denying fair trials and protection, being denounced by different Human Rights institutions, etcetera. Amnesty International denounced the critical situation regarding rights and liberties of Kyrgyzstan after the 2010 crisis and the lack of impartiality of the investigations and trials: *"No impartial and effective investigation took place into human rights violations, including crimes against humanity, committed during the June 2010 violence and its aftermath. The authorities failed to take effective measures to end torture and other ill-treatment and bring perpetrators to justice. (…) Prisoner of conscience Azimjan Askarov remained in detention while the homes of lawyers and the NGO who worked on his and other ethnic Uzbeks' cases were raided by security officials."*[30] This case seems the real importance of ratifying, signing or simply "collecting" international documents for certain countries in the world: for a European state could be dishonourable but, even though is sad and unfair, the major part of the states of the world are not a democracy, and not all the regions of the world proclaim the defence of Human Rights and Human Dignity.

Furthermore, the consciousness of protecting the less favourable groups is not the same in all the cultures. We, as a European country, live in a region which promote the creation and establishment of what a Human Right is, and, depending of the regions, the conceptions are different. This is also one of the obstacles we can find to all the mechanisms and institutions for cooperation in order to protect the migrants and the people who have to leave the countries, and the ones included in the "refugee" group. If Khamrakulov asked for asylum in Belgium he may had other destiny and venture but, seriously, the major part of possible refugees have hopeless situations which they will try to solve as soon and faster as possible. I do not see the need to sign and to sign more and more treaties, protocols and conventions if there is not a real cooperation or if there are not real institutions who can control that or try to avoid the conflicts between the signing or non-signing states giving just "rules" and "guides". We also have studied that the principle of "non-refoulement" is part of the Customary Law so it should be apply to any country even is a signing country or not but, have we seen any proven guarantee along this case that Russia was not going to "devolve" Khamrakulov to his original country?

We will not stop people flowing from one country to another but we can also stop people fleeing from their countries. Warsan Shire, a Kenyan writer, wrote down that "No one leaves home unless home is the mouth of a shark." And there cannot be any more truthful quote for summarizing: Khamrakulov would not leave Kyrgyzstan if he was not threated there, and he would not have pleaded to the ECHR if the country in which he had to establish, would guaranteed his fundamental and human rights.

[30] "AI - Amnesty International: Amnesty International Report 2015/16 - The State of the World's Human Rights"; Kyrgyzstan, February 24th, 2016 (available at ecoi.net) ; rec http://www.ecoi.net/local_link/319829/445200_en.html

5. Bibliography

Amnesty International. "AI - Amnesty International: Amnesty International Report 2015/16 - The State of the World's Human Rights." February 24, 2010.

"Amnesty International Public Statement: AI index: EUR 58/1846/2015." Amnesty International. June 10, 2015.

Amnesty International. "Further information on UA 271/13 RUSSIAN FEDERATION - FOUR ASYLUM-SEEKERS AT RISK OF EXTRADITION." 2014.

Council of Europe. "European Convention on Human Rights." Rome, November 4, 1950.

DUPRAZ, S, Barbara GOETH-FLEMMICH, M KUBÍCEK, E SELVAGGI, M SKOCZELAS, and E VERBET. "Case Law by the European Court of Human Rights of Relevance for the Application of the European Conventions on International Co-Operation in Criminal Matters"." Strasbourg: European Committee on Crime Problems, October 10, 2017.

European Database of Asylum Law. ECtHR - Khamrakulov v. Russia, Application no. 68894/13, 16 April 2015. April 16, 2014.

FORESTIER-WALKER, R. "Kyrgyz conflict an "immense crisis"." Al Jazeera, June 2010.

International Coalition for the Responsability To Protect. Crisis in Kyrgyzstan. 2010. http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/crises/crisis-in-kyrgyzstan (accessed 2017).

Khamrakulov v. Russia. Application no. 68894/13 (European Court of Human Rights, April 16, 2015).

UN General Assembly. "Protocol Relating to the Status of Refugees." Vol. Vol. 606. January 31st, 1967.

United Nations General Assembly. "Convention Relating to the Status of Refugees." 189 (July 1951).

DERECHO SANITARIO

Ensayos clínicos en Pediatría

LUIS JORGE CONDE MARTÍN
Universidad de Salamanca

Resumen: Los ensayos clínicos se deben realizar sobre las personas para que los tratamientos de las enfermedades puedan evolucionar y optimizarse, pero se ha de encontrar el equilibrio entre los avances científicos y la protección de los derechos de los seres humanos.

El punto de partida para el desarrollo de las normas legales por los cuales se han de regir son los aspectos éticos, que tienen como finalidad la protección de los sujetos de la investigación y velan por su integridad física y el respeto de sus derechos, debiendo ser conducidos de acuerdo a normas nacionales e internacionales.

La población infantil representa un grupo especialmente vulnerable en este campo, con un desarrollo fisiológico y psicológico diferente del de los adultos y que hace que la investigación específica a sus características propias sean de gran relevancia para su beneficio. La regulación actual busca avanzar en cuanto a transparencia y reducir la burocracia asociada que enlentece su propio desarrollo.

Palabras Clave: Ensayos Clínicos, Ensayos Clínicos Pediátricos, Investigación en Niños, Comité de Ética, Pediatría.

Abstract: The advance and evolution of the new medical treatments must be done by testing them in specific and controlled clinical trials carried out on human beings. They would let optimize the process but finding the balance between the scientific pathway and the real protection of the human rights.

The starting point for the development of the new legal regulation for such investigation is its ethical concerns, which have the protection of the participants as its main aim, while ensuring its physical integrity and respect of its rights, according of national and international regulation.

Child population represents a specific and vulnerable group in this field, which has a different physical and psychological development of that of adult people. That makes that some peculiarities appear in its regulation, being crucial to its own benefits. The current regulation is trying to going further in transparency and reduce bureaucracy that slows down its own evolution.

Key Words: Clinical Trials, Paediatric Clinical Trials, Research Involving Children, Ethics Committee, Paediatrics.

.

Lista de abreviaturas:
Art. Artículo
CC Código Civil
EMA Agencia Europea del Medicamento
PIP Plan de Investigación Pediátrica
RD Real Decreto

Recepción: 23.03.2018 Aceptación: 22.04.2018

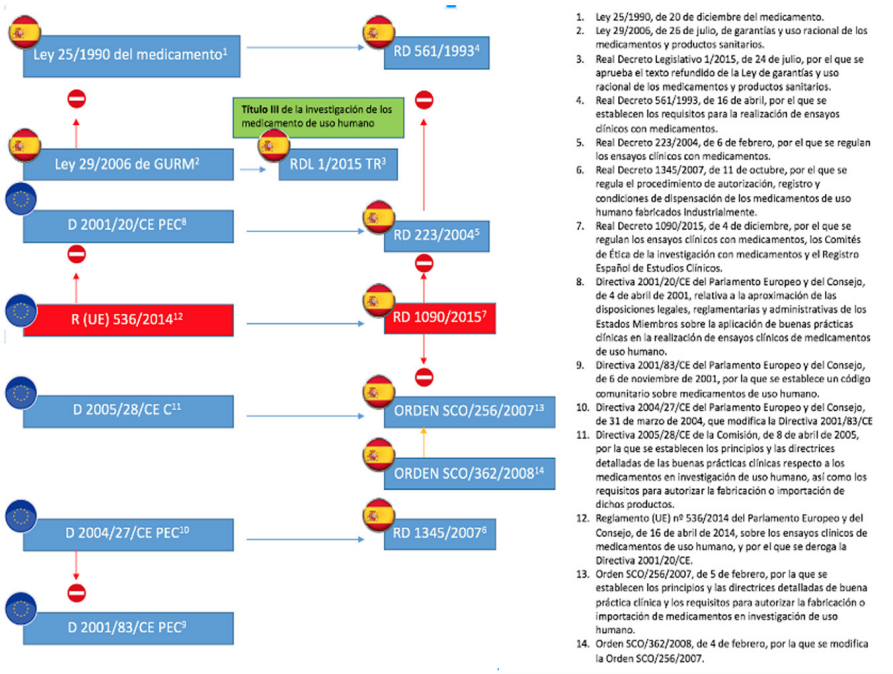
Para poder comercializar un nuevo medicamento se requiere de la realización de profundos estudios que garanticen de manera fiable su calidad, seguridad y eficacia. Estos necesitan de una serie de procedimientos de planificación minuciosa que aseguren su validez desde el punto de vista tanto científico como ético, y es lo que se lleva a cabo por medio de los ensayos clínicos.

Un ensayo clínico consiste en someter a un ser humano a un tratamiento desconocido con el objeto de obtener resultados que supongan un avance en el ámbito sanitario, pero que se puede llevar a cabo siempre que este se sujete a criterios delimitadores y se basen en la autonomía del paciente en cuanto a deliberar libremente si quiere participar en el mismo o no, lo que se materializa por medio del consentimiento informado, que se tratará más adelante. No se puede dejar de tener en cuenta que se trata de un ámbito que involucra diversos intereses de los diferentes operadores, en mucha ocasiones contradictorios, y que habrán de ser ponderados por el legislador dando normas más o menos restrictivas de las posibilidades de investigación, teniendo como base los principios éticos y jurídicos reconocidos.

La ética y el respeto a los valores humanos en los ensayos clínicos son hoy día pilares fundamentales, pero no siempre fue así. Hace un siglo la ética de la investigación clínica era prácticamente nula, teniendo que ver más con la humanidad del investigador que con aspectos legales, al no haber regulación al respecto. Ciertos eventos que acontecieron a raíz de los regímenes autoritarios que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial hicieron tomar conciencia al Mundo de la necesidad de llevar a cabo una regulación exhaustiva y protectora en la materia. Hubo un abuso en la utilización de personas en la experimentación científica, en especial menores, lo que desembocó en un periodo en la que se consideró a los niños sujetos de especial protección, dando lugar a una restricción a la investigación clínica sobre ellos.[1]

Estos hecho dieron forma al Código de Núremberg, que establecía en su articulado que el consentimiento voluntario del participante era absolutamente esencial, siendo así una condición indispensable para proceder con cualquier investigación. Esto hacía que los sujetos que se sometieran al mismo debieran de ser legalmente capaces de dar su consentimiento, lo que dio lugar a la conocida como orfandad terapéutica, al excluir a niños y adolescentes de participar en las mismas por carecer de capacidad legal plena[2]. Derivó pues en un grave problema, ya que la falta de investigación en pediatría significaba impedir el desarrollo de nuevos tratamientos infantiles y someterles a prácticas solo validadas en adultos, que podrían ser muy negativas para ellos.

Los ensayos clínicos se regulan en el Título III de la Ley 29/2006,[3] modificada por el RD Legislativo 1/2015[4] y en particular por el RD 1090/2015[5] (en la figura 1 se recoge la evolución de la legislación existente en la materia). En la introducción de este último se especifica que es necesario fomentar la investigación clínica de medicamentos huérfanos y de medicamentos destinados al tratamiento de grupos de población vulnerables, que tradicionalmente han estado poco representados en la investigación clínica.



[1]DE ABAJO, FJ. (2010) "Ética de la investigación clínica con niños: historia, fundamentación y método." En: De los Reyes M, Sánchez-Jacob M, ed.. Bioética y Pediatría. Proyectos de vida plena. Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla-La Mancha. Madrid: Ergon; 2010. Págs. 559-574.
[2]JOSE KIPPER, D. (2016) "Ética en la investigación con niños y adolescentes: en busca de normas y directrices virtuosas." Revista de bioética. Núm. 24, Vol. 1. 2016. Págs. 37
[3]Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
[4]Real Decreto Legislativo 1/2015 de 24 de julio, BOE del 25, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
[5]Real Decreto 1090/2015 de 4 de diciembre, BOE del 24, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.

El desarrollo de la legislación concerniente a los ensayos clínicos en pediatría trae consigo una especial consideración y precaución al tratarse este de un grupo de especial vulnerabilidad por no ser capaces de defender sus propios derechos. La Constitución española promueve y garantiza la investigación científica en el ámbito del interés general[6], pero también establece unos límites en la protección de la juventud y de la infancia que en ningún caso pueden extralimitarse.[7] La investigación clínica en menores debe respetar las mismas normas legales que rigen en general para las investigaciones en adultos, pero el hecho de ser vulnerables, y más en dependencia de sus distintas etapas de desarrollo, ha hecho que las nuevas legislaciones tengan distintos mecanismos de protección, lo que puede destacarse en la materialización de la prohibición de que corran determinados riesgos que puedan perjudicar su desarrollo, o de que otros sustituyan su capacidad de decidir sin tener en cuenta el beneficio del pequeño.[8]

Existen ciertas razones que desincentivan al sector privado a invertir en este campo, ya que por ejemplo, el reducido tamaño de los potenciales pacientes eleva la dificultad del estudio, lo que va parejo a unos enormes gastos de inversión sin obtener el retorno económico para que sea lo suficientemente rentable y atractivo como un campo en el que invertir[9]. A esto se suman las dificultades para el reclutamiento de pacientes, que lleva a elevar la complejidad de los diseños, ligados a aspectos éticos específicos fruto de la falta de capacidad plena del niño.

De los 650 principios activos, disponibles en la base de datos de fármacos pediátricos online Pediamécum más de la mitad tiene reconocido, al menos, un uso fuera de indicación. Entre los problemas debidos a la ausencia de medicamentos convenientemente adaptados para la población pediátrica figuran la información inadecuada sobre la dosificación, lo que aumenta el riesgo de reacciones adversas incluso mortales, la ineficacia de ciertos tratamientos por subdosificación, la imposibilidad de disponer de determinados avances terapéuticos para el ámbito pediátrico y de fórmulas y vías de administración apropiadas, así como el recurso en pediatría a fórmulas magistrales u oficinales, a veces de baja calidad. El marco legal referente a la investigación clínica en España es amplio, y se trata de una legislación muy garantista para los sujetos participantes. De los principios aplicables a los ensayos clínicos se debe realizar una especial mención al principio de autonomía de la voluntad, cuya primacía ha sido expresamente reconocida en el ámbito sanitario (destacando, en este sentido, la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente[10]). La autonomía es, en efecto, el principio ético básico que debe regir preceptivamente en todo estudio de estas características, de ahí el reconocimiento normativo expreso del deber de respeto de las decisiones del paciente respecto de su inclusión en un ensayo clínico.

El 26 de enero del 2007 entró en vigor el Reglamento (CE) 1901/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre del 2006, sobre medicamentos de uso pediátrico[11]. Este fue consecuencia de una propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre de 2004, en respuesta a una resolución del Consejo, de 14 de diciembre de 2000, en la que se invitaba a la Comisión a que aportase propuestas para paliar la ausencia de medicamentos específicamente concebidos para niños.[12] Enmarca un conjunto de acciones encaminadas a promover el uso seguro y eficaz de medicamentos en pediatría estableciendo normas para el desarrollo de medicamentos de uso humano con el fin de hacer frente a las necesidades terapéuticas específicas de la población pediátrica, sin someter a los menores a ensayos clínicos innecesarios ni retrasar la autorización de medicamentos para otros grupos de edad. Se pretende estimular la fabricación de medicamentos pediátricos reforzando la investigación, el desarrollo y la autorización de estos medicamentos, para mejorar la salud y la calidad de vida de los niños en Europa, garantizando que los nuevos medicamentos pediátricos y los ya comercializados estén plenamente adaptados a sus necesidades específicas.

Sus objetivos principales son tres: facilitar el desarrollo y accesibilidad de medicamentos para el uso en pediatría, asegurar que los medicamentos que se utilizan para tratar a la población pediátrica son de calidad y están autorizados adecuadamente para la misma y mejorar la información disponible sobre el uso de medicamentos en diferentes poblaciones pediátricas.

Las principales novedades del Reglamento pediátrico europeo son las siguientes:

Se acuñan algunos de los términos que posteriormente han sido empleados para regular esta materia (por ejemplo, el de "mínimum risk", riesgo mínimo) y se proponen líneas de acción que han sido secundadas por muchos organismos internacionales[13]. Así, para

[6]Art. 44.2 Constitución Española 1978
[7]Art. 39 Constitución Española 1978
[8]LORIS PABLO, C. (2014) "Investigación clínica en pediatría. Aspectos éticos y legales." En Anales de Pediatría Continuada, vol. 12, núm. 6. 2014. Págs. 355-361.
[9]DUNNE, J. (2008) "The European Regulation on medicines for paediatric use." en Pediatric Respir Rev. 2008, núm. 8. Págs. 177-183.
[10]Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía el paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clín
[11]Reglamento (CE) nº 1901/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre medicamentos para uso pediátrico y por el que se modifican el Reglamento (CEE) no 1768/92, la Directiva 2001/20/CE, la Directiva 2001/83/CE y el Reglamento (CE) no 726/2004.
[12]An Pediatr Contin. 2008;6:361-3 - Vol. 6 Núm.6 DOI: 10.1016/S1696-2818(08)75602-6
[13]BELLVER CAPELLA, V. (2015) "Participación de menores en los ensayos clínicos: cuestiones éticas y jurídicas." En Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 49. 2015. Págs. 63-8

proteger la integridad física, la normativa dice que no es lícito someter a un sujeto a riesgos más allá de los mínimos, si es que no se espera un beneficio directo para la salud. Por lo tanto, la investigación solo se llevará a cabo en enfermedades pediátricas con objeto de mejorar el bienestar de dicha población.

En el aspecto de la capacidad de decidir, el ordenamiento jurídico establece limitaciones referidas a distintos tramos de edad, lo que supone que hasta que no se haya alcanzado una edad determinada existe un defecto de capacidad que se suple mediante la patria potestad o tutela. Sin embargo, en la actualidad se reconoce la madurez del menor para que pueda participar en las decisiones que le atañen, debiendo ser informado, opinando o incluso decidiendo. En otras palabras, el menor debe dar el asentimiento y se ha de tener en cuenta su opinión antes de iniciar su participación. Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar su presunta voluntad y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.

Entre los principios fundamentales que deben regir toda investigación, de no maleficencia, beneficencia, justicia, y autonomía, este último toma especial relevancia cuando se trata de menores. Obliga a respetar y promover las decisiones de la persona en la gestión de su salud, siendo su máxima expresión la obtención del consentimiento informado. Se debe resaltar que para tener valor, sobre todo moral, ha de basarse en una información veraz, comprensible, adecuada y adaptada a la persona a la cual se informa. Debiéndose de evitar tanto la falta de información como el exceso de ella.

El dilema que surge en este campo de la investigación sobre personas que no tienen la total capacidad legal viene en referencia a quién estaría más legitimado tanto legal como moralmente para dar la conformidad sobre la participación voluntaria del niño en el ensayo clínico, si los padres o responsables, o si se debe contar con la voluntad del propio infante u opinión médica. Debe considerarse como un proceso que se inicia con la información y termina con la aceptación; no pudiendo haber un acto de consentir libre y autónomo si la información recibida no es adecuada. Por esto mismo, el proceso de informar ha de hacerse con objetividad, claridad, veracidad, y estar seguro que la persona que la recibe ha comprendido de tal manera que pueda formarse su juicio y decidir su participación[14]. El investigador adquiere un gran compromiso en este acto y es su responsabilidad hacer que la información no tenga sesgos que inciten a la participación mediante una influencia indebida. Para ello deberá adaptar la información al nivel de comprensión que observe tanto en los responsables del niño como en el niño y ser capaz de responder a sus dudas, y sobre todo, deben dar explicaciones muy claras de los riesgos y los potenciales beneficios. (Se debe ir adaptando la información a la evolución intelectual del menor y utilizar las herramientas adecuadas para que el menor la comprenda).

Es importante tener presente que, aunque los responsables del niño tienen que dar el consentimiento hasta que el paciente tenga 18 años, la normativa especifica que no deberá incluirse a un niño si este no da su asentimiento. El asentimiento es un acto imperfecto de aceptación realizado por una persona parcialmente incapaz, en este caso por ser menor, y se entiende por tal el acuerdo positivo del niño, y tiene gran valor moral. La capacidad del menor de dar su asentimiento depende no solo de la edad, sino de otros factores, como el grado de madurez, la capacidad intelectual y el tipo de enfermedad. Se considera que por debajo de los 3 años de edad es prácticamente imposible obtener el asentimiento. Dentro de unos parámetros razonables, debe seguirse un criterio favorable a la consideración de que la madurez del menor es suficiente como para que participe en las decisiones que le atañen, siendo informado, opinando o incluso decidiendo.

El consentimiento del menor de edad es objeto de una exhaustiva regulación, debido a la complejidad y controversias que se le rodean. La ley 41/2002[15] detalla en sus artículos 3 y 4 las especificidades que se derivan del consentimiento requerido para someter a un menor de edad a una intervención clínica. Sin embargo en relación con los ensayos clínicos la normativa específica es el Reglamento (CE) 536/2014, que regula el consentimiento respecto del menor en su artículo 32 y el artículo 5 del RD 1090/2015. Ello está refrendado, a su vez, por lo dispuesto en el art. 9.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 (actualmente modificado por el art. 1.4 de la Ley 26/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), que establece de forma imperativa el deber de oír al pequeño en aquellos supuestos en los que la decisión

[14]NICOLÁS JIMÉNEZ, P. (2012). "Bases legales de la investigación pediátrica en España y consentimiento informado del menor." En Investigación pediátrica clínica y traslacional en la era genómica. Instituto Roche. 2012. Págs 97-109.

[15]Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía el paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

que se adopte le afecte.

El Reglamento (UE) 536/2014 estable que para que el menor se convierta en un sujeto de ensayo clínico, debe contarse con el consentimiento informado de sus padres o del representante, si bien el investigador tiene que respetar el deseo del mismo de retirarse del ensayo o no participar en él, siempre que éste tenga capacidad para comprender la información recibida y formarse una opinión al respecto.

Tanto este Reglamento como el RD 1090/2015, exigen la veracidad, concreción y comprensibilidad de la información que reciba el sujeto: información pertinente, completa, sucinta y comprensible. El sujeto ha de entrevistarse de forma personal con un investigador debidamente cualificado.

Cuando el menor o sus representantes legales se nieguen a la investigación, esta no se debe llevar a cabo, si es que no se prevé un beneficio directo para la salud del menor, puesto que ambas partes se verán afectadas por las exigencias de la participación y, además de que no existe una justificación suficiente para actuar de otro modo, tampoco sería efectivo (solo excepcionalmente, ante un conflicto de intereses entre la autonomía del menor o los derechos y deberes de sus representantes legales por una parte, y el beneficio de la investigación por otra, podría pensarse en un balance favorable al segundo. Se trataría de supuestos en los que no se infringiera una grave lesión a los intereses preteridos y se fomentara en gran medida el interés preferido.).[14]

Sin embargo, la situación es distinta si de la investigación se espera un eventual beneficio para la salud del menor, puesto que no debe descartarse que sea un juez quien evalúe la situación y supla, en su caso, el consentimiento correspondiente. Parece, no obstante, que esta posibilidad se debería limitar a casos en que el beneficio esperado con la investigación sea notorio y altamente probable.

Puede ocurrir, por otra parte, que los representantes legales discrepen entre sí y en este caso la opinión del menor será decisiva, si bien se habrá de solicitar también la intervención de la autoridad judicial: el artículo 156 del CC dispone que "En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos (progenitores) podrán acudir al juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre". Estos mismos criterios deberían aplicarse cuando se trate de la revocación del consentimiento de cualquiera de quienes lo prestaron de manera expresa o tácita.

Cuando las condiciones del sujeto lo permitan y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento después de haber recibido la información necesaria. En el caso de investigaciones que supongan ensayos clínicos o procedimientos invasivos en menores de edad, el promotor o el investigador debe de informar al ministerio fiscal.

La existencia de consentimiento informado no exonera directamente de responsabilidad a los realizadores del ensayo, sino que habrá que atender en todo caso al grado de información proporcionada, lo cual resulta coherente con las exigencias de que la información sea completa y evita que la obtención del consentimiento mediante formularios estandarizados se convierta en un mero requisito formal en detrimento del paciente, práctica demasiado frecuente en la actualidad a la hora de recabarse el consentimiento en el ámbito sanitario y que ha sido denominada con el término de "medicina defensiva". La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la falta del consentimiento informado constituye una vulneración de la lex artis del profesional sanitario.

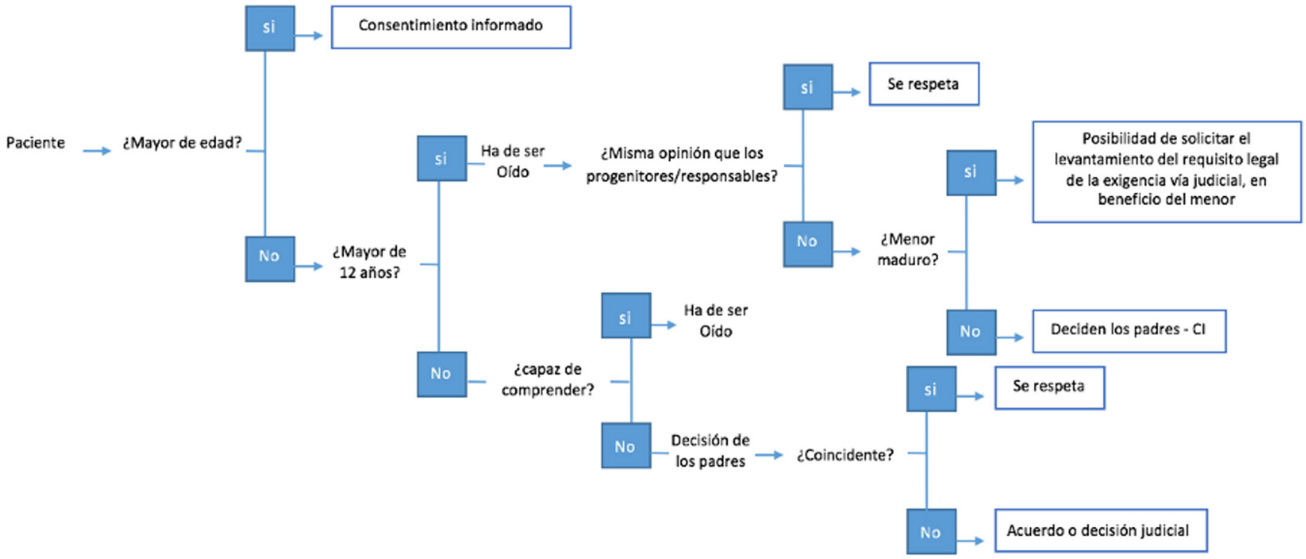
Se puede dar el supuesto en el que existan posiciones contrapuestas entre los progenitores, si uno consiente y el otro no. Dicho supuesto deberá resolverse intentando un acuerdo negociado o mediado con base en la vigente Ley estatal 5/2012, de 6 de julio reguladora de la mediación en asuntos civiles o mercantiles o por aplicación del art. 156 CC y recurriendo al criterio prudencial de la autoridad judicial que atribuye a uno u otro la facultad de decidir en el caso concreto, teniendo en cuenta lo que sea más beneficioso para el menor.[16]

Finalmente, debe mencionarse una última cuestión referente al menor mayor de dieciséis años pero considerado intelectiva y emocionalmente "maduro" en orden a consentir: la regulación específica de los ensayos clínicos establece que este menor requerirá el consentimiento de sus padres o representante para someterse a un ensayo clínico, si bien en el caso de que éste desee participar en el ensayo frente a la oposición de sus padres o representantes, podría solicitar judicialmente el levantamiento de dicha exigencia.

Como se ha mencionado pero cabe repetir, el sujeto del ensayo o su representante podrán revocar su consentimiento en cualquier momento del ensayo sin que por ello se derive para él responsabilidad ni perjuicio alguno.

[16]FERNÁNDEZ-DE UZQUIANO, E; LAVILLA-URIOL, P; GIL-AGUADO, A. "Ensayos Clínicos en Pediatría (I)" en Ensayos clínicos y práctica clínica, An Pediatr Contin. 2008, núm. 6(6). Págs 361-363.

Para tener una visión global más clara de las diferentes situaciones que se pueden dar se examinarán con ayuda del gráfico:



El Reglamento pediátrico debe aplicarse a todos los medicamentos para uso pediátrico, es decir, los medicamentos en fase de desarrollo que aún no hayan sido autorizados, los autorizados todavía protegidos por los derechos de propiedad intelectual y los autorizados que no gocen ya de dicha protección. Este concibe las características especiales que revisten estos ensayos, y obliga a las compañías farmacéuticas a la realización de un Plan de Investigación Pediátrica en el marco del procedimiento de solicitud de la autorización de comercialización de nuevos fármacos. Se ha de redactar para garantizar que los datos necesarios sobre el uso del fármaco en niños se obtengan de forma segura. Su objetivo es sustentar la autorización del uso de un medicamento en niños, y que una vez sea aceptado el plan (por el Comité Pediátrico de la EMA), se mantendrá al día mediante un procedimiento de modificación y actualización. Su presentación es obligatoria para todo nuevo medicamento que pretenda el registro a nivel europeo o nacional, salvo que se solicite una dispensa, por no tener el medicamento utilidad en la infancia, no ser seguro en niños o en caso de no aportar ningún beneficio para la población pediátrica.

Con esta introducción del PIP en el marco jurídico aplicable a los medicamentos de uso humano se pretende conseguir que el desarrollo de medicamentos potencialmente destinados a la población pediátrica se convierta en parte integrante del proceso de desarrollo de medicamentos para adultos.[17]

En el caso de los medicamentos nuevos y de los medicamentos autorizados protegidos por patentes o certificados complementarios de protección, es preciso instaurar la obligación de presentar en el momento de cumplimentar las solicitudes de autorización de comercialización, o las solicitudes de autorización de nuevas indicaciones, nuevas formas farmacéuticas o nuevas vías de administración, ya sea los resultados de los estudios en la población pediátrica de conformidad con un plan de investigación pediátrica aprobado o bien la prueba de que se dispone de una dispensa o un aplazamiento. El plan de investigación pediátrica debe ser el criterio de referencia para determinar el cumplimiento de la obligación mencionada. No obstante, deben estar exentos de este requisito los genéricos o los medicamentos biológicos similares y los autorizados mediante el procedimiento de uso médico bien establecido, así como los medicamentos homeopáticos y los medicamentos fitoterapéuticos tradicionales autorizados mediante los procedimientos simplificados de registro.

Aunque desde la implantación de este Reglamento pediátrico europeo la industria farmacéutica está obligada a investigar en pediatría, se ha establecido un sistema de recompensas e incentivos para los laboratorios que investiguen en niños. Se distinguen tres grupos de incentivos en función del medicamento que se investigue:

- Medicamentos sin autorización de comercialización: extensión de la patente 6 meses. Incluso cuando los resultados de los ensayos en niños sean negativos.

- Medicamentos huérfanos: extensión de la patente

[17]MARTÍN PRADO, S.; POZAS DEL RIO, M.; FÁBREGA BOSACOMA, C. (2017) "Ensayos clínicos en pediatría" en Ensayos Clínicos en España, actualización en ética, normativa, metodología y nuevas tecnologías. Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria. Mayo 2017. Págs. 329-344.

2 años.

- Medicamentos autorizados fuera de patente en los que se investiga una determinada indicación exclusivamente en población pediátrica con el diseño de una formulación específicamente adaptada para su uso en niños. Es lo que se conoce como Paediatric Use Marketing Authorization (PUMA): obtienen 10 años de exclusividad de patente de la formulación pediátrica.

Se concluye así que los ensayos clínicos constituyen el medio idóneo para desarrollar de manera segura los novedosos tratamientos que puedan hacer frente a las enfermedades presentes en la sociedad y los posibles retos que seguramente vayan descubriéndose o apareciendo en el futuro, de manera súbita (en la mente de todos quedó indeleble la gran amenaza que parece que supuso el Virus del Ébola), o en un lento y silente caminar.

Se ha visto que un excesivo proteccionismo de los menores puede dar como resultado una situación de orfandad terapéutica para muchos agravios de la salud de dicha población, ya que, o es tratada muchas veces de forma peligrosa o ineficaz, con procedimientos basados en datos obtenidos para adultos, o es definitivamente excluida del tratamiento. Las instituciones, preocupadas con ese dilema, ya consiguieron elaborar marcos reguladores aceptables para balancear los intereses en conflicto, apoyados en un sistema normativo robusto de protección a los seres humanos involucrados en investigaciones clínicas. Se ha pasado de vetar a los mismos a participar en los ensayos a establecerse un proceso de obligado cumplimiento en el devenir del proceso de autorización de una nueva entidad terapéutica.

Resulta sorprendente y hasta cierto punto injusto que los niños sigan expuestos a enfermedades sin beneficiarse de los mismos avances tecnológicos que los adultos. La dinámica del mercado no ha estimulado suficientemente la elaboración de medicamentos específicamente concebidos para ellos, pues la industria no tiene suficiente retorno de la inversión para financiar las investigaciones necesarias. El intento de resolver el problema a escala nacional se tuvo que potenciar con la necesaria intervención de la Unión Europea para la armonización comunitaria.

En conclusión, se debe de seguir velando por la protección de aquellos que no se pueden proteger por sí mismos, en especial por los niños, que son los que supondrán el sustento de nuestra sociedad en el futuro, que desde la investigación y unísona legislación se ha de proteger desde el primer momento de la vida, garantizándoles a ellos y así a nosotros mismos el mejor futuro posible. La Unión Europea dio un paso de gigante con la introducción en la última regulación específica de medicamentos para uso pediátrico del Plan de investigación pediátrica, disponiendo su necesidad y la posibilidad de no realizarlo solo bajo dispensa expresa, que junto con el sistema de recompensas e incentivos ha supuesto un despegue de estos tipos de investigación que redundan en todos.

El reglamento además demanda a la EMA el desarrollo de una Red Europea para Ensayos Clínicos en Pediatría. Esta red aproximará redes nacionales y europeas y a investigadores y centros con experiencia en la conducción de estudios en población pediátrica. Uno de sus objetivos será coordinar ensayo clínico con medicamentos para la población pediátrica y construir en Europa las estructuras administrativas y científicas necesarias evitando los estudios innecesarios y repetitivos.

Con la reciente regulación de ensayos clínicos habrá que ir examinando cómo afecta su total implantación a la evolución de los mismos en la próxima década, resultando más o menos garantistas para los profesionales y participantes, sobre todo la obtención de tratamientos específicamente validados para aplicación pediátrica.

La ciencia va siempre un paso por delante del derecho, y es este el que se encarga de delimitar y poner en consonancia a los diferentes actores, sobre todo buscando el equilibro entre el progreso y los avances de la ciencia y la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano, en especial de los niños.

Bibliografía

DE ABAJO, FJ. (2010) "Ética de la investigación clínica con niños: historia, fundamentación y método." En: De los Reyes M, Sánchez-Jacob M, ed.. Bioética y Pediatría. Proyectos de vida plena. Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla-La Mancha. Madrid: Ergon; 2010. Págs. 559-574.

JOSE KIPPER, D. (2016) "Ética en la investigación con niños y adolescentes: en busca de normas y directrices virtuosas." Revista de bioética. Núm. 24, Vol. 1. 2016. Págs. 37-48.

An Pediatr Contin. 2008;6:361-3 - Vol. 6 Núm.6 DOI: 10.1016/S1696-2818(08)75602-6

BELLVER CAPELLA, V. (2015) "Participación de menores en los ensayos clínicos: cuestiones éticas y jurídicas." En Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 49. 2015. Págs. 63-85.

NICOLÁS JIMÉNEZ, P. (2012). "Bases legales de la investigación pediátrica en España y consentimiento informado del menor." En Investigación pediátrica clínica y traslacional en la era genómica. Instituto Roche. 2012. Págs 97-109.

FERNÁNDEZ-DE UZQUIANO, E; LAVILLA-URIOL, P; GIL-AGUADO, A. "Ensayos Clínicos en Pediatría (I)" en Ensayos clínicos y práctica clínica, An Pediatr Con-

tin. 2008, núm. 6(6). Págs 361-363.

MARTÍN PRADO, S.; POZAS DEL RIO, M.; FÁBREGA BOSACOMA, C. (2017) “Ensayos clínicos en pediatría” en Ensayos Clínicos en España, actualización en ética, normativa, metodología y nuevas tecnologías. Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria. Mayo 2017. Págs. 329-344.

SANCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando. (2015) “Los Ensayos Clínicos a la luz del Reglamento de la Unión Europea.” Colección Bioética y Derecho Sanitario. Ed. Fundación Salud 2000 –. 2015. Madrid.

LORIS PABLO, C. (2014) “Investigación clínica en pediatría. Aspectos éticos y legales.” En Anales de Pediatría Continuada, vol. 12, núm. 6. 2014. Págs. 355-361.

DUNNE, J. (2008) ”The European Regulation on medicines for paediatric use.” en Pediatric Respir Rev. 2008, núm. 8. Págs. 177-183.

ROMEO CASABONA, C. (director), "Enciclopedia de Bioderecho y Bioética", Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano de la Universidad de Deusto, Ed. Comares, 2016. Disponible en: http://enciclopedia-bioderecho.com

Código de Núremberg, 1949.

Declaración de Helsinki (1964), actualización 2013 Brasil.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, BOE de 29 de diciembre.

Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía el paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Reglamento (CE) nº 1901/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre medicamentos para uso pediátrico y por el que se modifican el Reglamento (CEE) no 1768/92, la Directiva 2001/20/CE, la Directiva 2001/83/CE y el Reglamento (CE) no 726/2004.

Real Decreto Legislativo 1/2015 de 24 de julio, BOE del 25, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Real Decreto 1090/2015 de 4 de diciembre, BOE del 24, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.

DERECHO DEL TRABAJO

The obligation of the employer to proceed with the call of discontinuous permanent workers when at the beginning of the campaign is in a situation of temporary disability

Miguel Cano Menor
Universidad de Alicante

RESUMEN: La finalidad de este trabajo es el análisis detallado de la jurisprudencia española sobre el deber o no de las empresas de efectuar el llamamiento a los trabajadores fijos discontinuos y por ello darles de alta y efectuar el pago delegado de las prestaciones, si en el momento del llamamiento se encuentran en situación de incapacidad temporal.

ABSTRACT: The purpose of this work is the detailed analysis of the Spanish jurisprudence on the duty or not of the companies to make the appeal to discontinuous permanent workers and therefore to register them and make the delegated payment of the benefits, if at the time of the appeal are in a situation of temporary disability.

Palabras clave: Deber, llamamiento, prestaciones, incapacidad, temporal.

Key Words: Duty, appeal, benefits, disability, temporary.

ABREVIATURAS:

TSJ- Tribunal Superior de Justicia

TS-Tribunal Supremo

AN-Audiencia Nacional

AP-Audiencia Provincial

TRLET- Estatuto de los Trabajadores

STC- Sentencia

STSJ- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

Recepción: 24.2.2018

Aceptación 18.05.2018

DEFINITION OF DISCONTINUOUS FIXED CONTRACT.

Before that we have to know what a discontinuous fixed worker is and what is meant by appeal:

The discontinuous fixed is that which is given by reason of the discontinuity of its activity, which does not require the provision of services every day or hours within the normal and permanent nature of the business activity, that is, in companies of continuous cycle, which they have excess of work in seasonal periods, when these are repeated, or when it comes to hiring in companies that do not work permanently, but in a discontinuous, cyclical or intermittent way, whether or not seasonal. According to art 15.8 TRLET will be arranged to carry out works that have a fixed discontinuous character and are not repeated on certain dates, within the normal activity volume of the company. In cases of discontinuous work that are repeated on certain dates, the regulation of the part-time contract concluded for an indefinite period shall apply.

Fixed discontinuous workers shall be called in the order and manner determined in the respective collective agreements, the worker may, in the event of non-compliance, claim a dismissal procedure before the competent jurisdiction, beginning the term for it from the moment in which I had knowledge of the lack of convocation. This contract must be formalized in writing on the model established, and must include an indication of the estimated duration of the activity, as well as the form and order of appeal established by the applicable collective agreement, also stating, of orientative way, the estimated working day and its hourly distribution.

DEFINITION OF CALL.

The appeal appears as the main procedural institution in the individual determination of the period of activity of discontinuous permanent workers and, therefore, as a central aspect of the contractual type itself and its main peculiarity. So much so that the main legal reference acts to its legal regime is to the appeal and the consequences of its defect.

It is a central institution in the configuration of the legal regime of the discontinuous fixed contract. It is the main formal element for the individual determination of the period of activity of the same. This specifies the initiation of work and, therefore, compliance with the employer's first obligation-to give work-with respect to discontinuous fixed workers.

ANALYSIS OF THE DIVIDED JURISPRUDENCE IN SECTIONS.

We proceed to analyze from two contrary legal arguments:

1) Legal argumentation in which the worker is called and when he responds that he is in a situation of temporary incapacity, the company keeps him and calls the next one until the recovery of the same having started to give the delegated payment of the benefits.

2) Legal argumentation in which the appeal must be made, but is not incorporated to the worker until it is recovered.

Beginning with the first legal argument we can find a series of examples among the Spanish jurisprudence that opts to use more this as the following judgments of various courts such as:

- TSJ COMUNIDAD VALENCIANA 4024/2006, 19-12

- STC T Nº3 MURCIA SOCIAL, 07-07-2008

- STS SALA 4ª 29-03-2001, rec 2093/2000

- Sentencia TSJ MURCIA 405/2003-en referencia a la sentencia dictada por la sala de lo social del juzgado de Murcia nº3 el 3-12-2002.

- STC TSJ ANDALUCIA 27/02/1991 JUNTO CON RECURSO DE CASACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA:1016/1991 DEL TS FALLIDO POR PARTE DE LA EMPRESA

- STSJ MURCIA 9/07/2002, rec 707/2002

While the second legal argumentation tries to solve is that during the periods of inactivity between campaign and campaign, even in the situation assimilated to the discharge, however, to find the contract suspended until the call the discontinuous fixed worker can not access Temporary disability benefit for not being in a situation of discharge or assimilated to discharge with the specific activity that is resumed and not with the validity of the contract:

STS SALA 4ª 26-05-2003, rec 2724/2002, en favor de STSJ MURCIA 9-10-1998. TSJ CATALUÑA 8914/2007, 14-12

We can find in all these examples the two antagonistic principles that may or may not determine whether the discontinuous worker in a situation of temporary incapacity will be able to register them and make the delegated payment of the benefits, for which I will now detail the content of both points in order to show my opinion about it in the conclusion of it.

SENTENCES AND COMMENTS ON THE FIRST LEGAL ARGUMENT.

From the first legal argument the discontinuous fixed employment contract is not extinguished at the end of

the campaign, but is suspended, so that the obligation to work and remunerate work ceases (article 45.2 of the ET), being legal situation of unemployment for the worker, being able to request unemployment benefits if he meets the qualification requirements (articles 207 and 208.4 of Legislative RD 1/1994, of June 20, which approves the Consolidated Text of the General Law of Social Security).

Said the previous thing, if the contract has not been extinguished, only suspended, when the campaign begins again, if the worker in situation of medical leave is included among the employees that have to be appealed, the company has to request the discharge in the General Social Security Scheme, prior to the date scheduled for reincorporation, initiating the obligation of contribution by this to the General Social Security Scheme (articles 29, 30 and 32 of RD 84/1996, of 26 January -BOE of February 27, which approves the General Regulation of Registration of Companies, Affiliation, Registration and Discharge in Social Security, in relation to articles 12 to 14 of RD 2064/1995, of December 22 -BOE of 25 January-, which approves the General Regulation for Social Security Contribution).

This is the solution to which, in its day, the Resolution of the General Directorate of the Social Security Economic Regime of February 12, 1979, which was confirmed by the Resolution of the former Directorate General of Legal Regulation and Collaborating Entities of Social Security of November 2, 1992, and which the Subdirectorate for Ordination and Challenges of the General Treasury of the Social Security, dated December 2, 2002 (Dec. 1020/2002), has taken up. We can find in any of the sentences exposed in a favorable way to the worker the same situation: The worker is in a situation of temporary disability in an inter-campaign period and the company proceeds to the appeal of the same, when he communicates that situation the company begins with the process of registering him in the social security so that he can access the disability benefit until you can rejoin the work activity within the campaign

In any of the sentences exposed within each legal argument (not all) we can find a link in the argument:

STC TSJ ANDALUCIA 27/02/1991 : 1016/1991 TS :

the situation in which the worker of Hoteles Mallorquinos Unidos S.A. she was in a situation of temporary disability when she was called to start the new campaign, she notified them of the situation and they neither reincorporated him when she was still in the season nor gave her the appropriate benefits, so by this sentence and later with the dismissal of the appeal by HMU SA he is forced to reincorporate it and give him to receive the opportune social security benefits.

Legal comment of the student:

After examining the factual background, the legal basis and the ruling my opinion is joint to the court so the worker is entitled to obtain temporary disability benefits during the inter-campaign period until the appeal of the next by of the company at the time of carrying out its task during that time, being able likewise to incorporate itself as worker when it is recovered, reason why the dismissal is annulled and it must be reincorporated to the company and to maintain it until it can reincorporate to be able to realize thus his opportune tasks.

STS 2629/2001 with STSJ ANDALUCIA 21/01/2000

Here is the same situation: Ms. Irene is a discontinuous fixed worker who for a long period of time is on temporary leave until she applies for permanent leave, and until then the appeal is made by her company, claiming that she can not work for Being in temporary disability, the company not only would not reincorporate it, nor would it give it the opportune benefits, but it also dismisses it. Therefore, through the appeal of cassation 2093/2000 the company JUMARI SL is condemned to compensate the worker and also to give her to receive the respective benefits for the days she has been out of social security in a proportion of 45 days of salary per year worked, prorating the lower periods by months, thus paying the salaries not received from the date of dismissal until the notification of the sentence or being able to choose to be readmitted.

Legal comment of the student:

After examining the factual background, the legal basis and the ruling my opinion is joint to the court so the worker is entitled to obtain temporary disability benefits during the inter-campaign period until the appeal of the next by of the company at the time of carrying out its task during that time, being able likewise to incorporate itself as a worker when it is recovered, reason why the dismissal is annulled and it is due to him to reincorporate to the company and to maintain it until it can reincorporate itself to be able to realize thus his opportune tasks.

STSJ MURCIA 9/07/2002

A worker of the agri-food industry is in a situation of temporary disability during the inter-campaign period receives the call of the company Hermanos Pasqual SL to which he notifies, the company tells him that when he joins will be given the appropriate benefits, When it does not occur, it is not considered that you can agree to register or give benefits.

Legal comment of the student:

After examining the factual background, the legal ba-

sis and the ruling my opinion is joint to the court so the worker is entitled to obtain temporary disability benefits during the inter-campaign period until the appeal of the next by of the company at the time of carrying out its task during that time, being able like this also to be incorporated as worker when it is recovered.

STSJ MURCIA 327/2002, rec 78/2002

A worker of the company Mensajero Alimentación S.L. is in a situation of temporary disability from the end of the campaign and goes until the call of the next so the company decides to postpone incorporation until it recovers without giving it the timely provision of temporary disability, so after this situation decides to file a claim alleging that being on temporary leave is in his right to obtain the appropriate benefit, which the court considers in accordance with the provisions of the law and dictates that this benefit be granted in addition to its subsequent incorporation after his recovery.

Legal comment of the student:

After examining the factual background, the legal basis and the ruling, my opinion is joint to that of the court, so the worker is entitled to obtain temporary disability benefits during the inter-campaign period until the next appeal by the party. of the company at the time of carrying out its task during that time, being able likewise to be incorporated as a worker when it is.

TSJ MURCIA 405/2003-in reference Murcia nº3 3-12-2002.

For which the worker obtains the monetary amount required to be in a situation of temporary disability during the inter-campaign period by which after the respective business call you are informed that you will be reinstated to work and that you may receive the disability benefit.

Legal comment of the student:

After examining the factual background, the legal grounds and the ruling, my opinion is joint to that of the court, so the worker is entitled to obtain temporary disability benefits during the inter-campaign period, prelude to the appeal by the company at the time of carrying out its task during that time, being able likewise to be incorporated as a worker when it is recovered.

Stc TSJ Comunidad Valenciana 4024/2006, 19-12:

What is being explained here is that the worker is on the contract, is suspended, so he must give the benefit to temporary disability and when he is recovered reincorporate him to his job.

Legal comment of the student:
After examining the factual background, the legal basis and the ruling, my opinion is joint to that of the court, so the worker is entitled to obtain temporary

disability benefits during the period that covers the end of a previous campaign. appeal of the following by the company at the time of carrying out its task during that time, thus being able to also be incorporated as a worker when it is recovered, or as also can be seen in the sentence, request permanent disability since it can not perform their respective tasks.

STSJ MURCIA 17-11-2008

A worker who at the beginning of the agricultural activity in his company as a discontinuous fixed worker does not call him when he notifies them that he is in a situation of temporary disability, so that he will not be reinstated in that campaign and will not be given the opportune benefits, Therefore, this ruling resolves the situation in which the company must take charge of the reinstatement and payment of benefits.

Legal comment of the student:

After examining the factual background, the legal basis and the ruling my opinion is joint to the court so the worker is entitled to obtain temporary disability benefits during the inter-campaign period until the appeal of the next by of the company at the time of carrying out its task during that time, being able like this also to be incorporated as worker when it is recovered.

JUDGMENT SENTENCES AND COMMENTS OF THE SECOND LEGAL ARGUMENT.

Well as we have already seen there are many courts that are in favor of using this point of view through timely legislation, but there is another point of view which we have to take into account since there are other courts that have alluded to it in order to be able to Be based on your decisions:

STS SALA 4ª 26-05-2003, rec 2724/2002, in favor of STSJ MURCIA 9-10-1998.

Sentence of the TS by which upon finding the contract suspended until the call the discontinuous fixed worker can not access the temporary disability benefit, since it is not in a situation of discharge or assimilated to the discharge with the concrete activity that is resumed and not with the validity of the contract.

It is the situation in which an agricultural worker who was in a situation of temporary disability that the call by the company alludes to temporary disability and wants to receive unemployment benefits directly until the end of the campaign when incorporated since it will not be able to be incorporated in all of it.

While the company argued that the employment relationship is latent, so that the obligations of the company indicated above disappear.

Legal comment of the student:

After examining the factual background, the legal basis and the ruling, my opinion is not joint to that of the court, because the worker is entitled to obtain temporary disability benefits during the inter-campaign period until the appeal of the following on the part of the company at the time of carrying out its task during that time, being able likewise to be incorporated as worker when it is recovered, something that does not happen in that date, but that is in the following campaign.

STSJ CATALUÑA 8914/2007

This situation is completely different to the ones we mentioned earlier, since what it comes to saying is that during the time when it ceases to be in temporary disability will be incorporated, but not being recovered for the entire campaign is not incorporated nor is the timely provision given, so this ruling gives the reason to the company according to their understanding according to law, since not being able to be active can not be incorporated, therefore it would be postponed to recovery .

Legal comment of the student:

After examining the factual background, the legal grounds and the ruling, my opinion is not joint with the court, so the worker is entitled to obtain temporary disability benefits during the inter-campaign period until the appeal of the following by part of the company at the time of carrying out its task during that time, being able likewise to be incorporated as worker when it is recovered, something that does not happen until the following season.

But in this case there is nothing that the worker can do apart from making the corresponding appeal of cassation and unification of the doctrine to the TS in order to obtain what is in itself her right to receive temporary disability benefit.

PERSONAL OPINION-FINAL CONCLUSION ON THE OBJECT OF THE WORK: THE ENTREPRENEUR'S OBLIGATION TO THE APPEAL OF THE DISCONTINUOUS FIXED WORKER AT THE BEGINNING OF THE CAMPAIGN IN A SITUATION OF TEMPORARY DISABILITY

My opinion on this subject is simple and simple: the worker, although he is not doing a task within the company, if he has the right that when the call is made, he will be admitted to the company in temporary supervening situation, give him the opportune economic benefits of social security and even the improvements envisaged in the Collective Agreement of application, since I think and believe with the regulatory regulations in hand that the work contract is suspended, and for that reason it continues to be

fully valid.

All the employees of this special contracting system that are still in force throughout the national territory, if not, would then be in a situation of helplessness and social injustice if they were temporarily incapacitated, so they would not have access to the benefit of the Social security and even companies would not call them for the next campaign. In addition to not having an adequate legal coverage could lose their jobs so I am in favor of the judgments of the first point of view of the analysis of this work, for which the worker would be protected with the incorporation after his recovery to the company and also the one of perceiving the benefits and even the improvements within the collective agreement to be able to subsist to those moments in which they can not work to be able to earn a living, apart from the loss of contributions such as retirement, disability, etc.

If the second legal argument favorable to companies were used, they could, in any situation of temporary incapacity, use the same reference as these judgments, since they would consider that the employment relationship ended at the end of the campaign, for example, from the moment of the appeal and they have not joined the job, so they are not in a situation of discharge or assimilated to the discharge and thus could not or would not have the right to request benefits for temporary disability during all that time and would have to wait for the next campaign to so we can work in that company.

So in my opinion is closed the debate on whether to incorporate the worker into the company, not to start the payment of the benefit delegated in addition to possible improvements in the collective agreement applicable.

By way of conclusion and as a personal opinion I consider or believe that in this social and democratic state in which we live this inequality between workers can not be produced as if the temporary or fixed hired this condition does not harm them why a fixed worker of a discontinuous nature the situation of having a disease or a non-work accident can not give it a worse right than to other groups previously described in this work.

Sentence´s biography

TSJ MURCIA (STC 405/2003, 24-3-) CENDOJ.
http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=3257544&links=%22405%2F2003%22&optimize=20030626&publicinterface=true

TSJ COMUNIDAD VALENCIANA (STC 4024/2006, 19-12-)CENDOJ.
http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=521942&links=%224024%2F2006%22&optimize=20070503&publicinterface=true

STS SALA 4ª (29-03-2001 STC , rec 2093/2000-)CENDOJ.
http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2386788&links=discontinuo&optimize=20040515&publicinterface=true

TSJ MURCIA (9-07-2002, rec 707/2002-)CENDOJ.
http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2885963&links=discontinuo&optimize=20031219&publicinterface=true

(STSJ ANDALUCIA 21/01/2000-)CENDOJ.
http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2167973&links=discontinuo&optimize=20040724&publicinterface=true

STSJ MURCIA (327/2002), (rec 78/2002)-CENDOJ.
http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2635291&links=discontinuo%20%22327%2F2002%22&optimize=20040313&publicinterface=true

La relación laboral especial del capitán de buque

Antea Carriedo Martínez
Centro de Estudios Garrigues

RESUMEN: El objetivo del presente ensayo es el estudio de la regulación de la relación laboral del capitán de buque. En concreto, la regulación que se le procura actualmente asemejándolo a una relación especial de alta dirección. Para ello, se abordarán las razones por las cuales el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional lo Orden Ministerial que hasta 1990 regulaba esta singular relación laboral, y trataré de responder a la misma pregunta que se hace MONTOYA MELGAR *«¿Por qué razón el trabajo de mediación o el artístico se reputan contratos especiales y no se considera así a los de embarco, trabajo aéreo-náutico o ferroviario?»*[1]

Palabras Clave: derecho del trabajo, derecho marítimo, capitán de buque, relación laboral especial, relación laboral, LNM.

ABSTRACT: The aim of this essay is the study of the regulation of the employment relationship of the ship's captain. In particular, the regulation that is currently sought resembling a special relationship of senior management. To this end, there will be approached the reasons for which the Constitutional Court declared Ministerial Order unconstitutional that until 1990 was regulating this singular labor relationship and I will try to answer to the same question as MONTOYA MELGAR *«¿Por qué razón el trabajo de mediación o el artístico se reputan contratos especiales y no se considera así a los de embarco, trabajo aéreo-náutico o ferroviario? »*[2]

Key Words: employment law, maritime law, captain-general, work relationships, LNM.

Recepción: 25.02.2018

Aceptación: 12.04.2018

Índice de abreviaturas

C.Com	Código de Comercio
ET	Estatuto de los Trabajadores
LNM	Ley de Navegación Marítima
OTMM	Ordenanza de Trabajo de la Marina Mercante
RD	Real Decreto
TC	Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencias del Tribunal Supremo

1. La tripulación del buque en la normativa laboral

La tripulación del buque está compuesta por la dotación, que podemos definir tal y como establece el actual artículo 156.1 de la Ley de Navegación Marítima (en adelante LNM) como «(...) *el conjunto de personas empleadas a bordo de un buque en cualquiera de sus departamentos o servicios, ya sea contratada directamente por el armador o por terceros» con la advertencia en el segundo inciso de que «(...) no incluye aquellas personas cuyo trabajo no forma parte de la actividad cotidiana del buque y cuyo lugar de trabajo principal no se encuentra en el mismo»* como puede ser, por ejemplo, el gestor naval, los servicios de limpieza o de restauración.

En atención a lo dispuesto en la LNM son tres las categorías profesionales que nos podemos encontrar a bordo de un buque:

a) Capitán
b) Oficiales
c) Subalternos[3]

Estas definiciones no son *numerus clausus*, sino que según lo dispuesto en la normativa laboral mediante laudos arbitrales se pueden incluir categorías adicionales, además, de las ya existentes.

La relación entre cada uno de los miembros que compone la dotación y la naviera es una relación de carácter laboral que estará regida por un contrato de trabajo[4], regulado por el Estatuto de los Trabajadores, así como por las disposiciones laborales de rango reglamentario que específicamente contemplan el trabajo marítimo y la regulación marítimo-laboral. Igualmente, son de especial importancia los Convenios colectivos celebrados en el ámbito marítimo (sean de ámbito empresarial, regional o estatal), los cuales son muy útiles para adaptar la legislación laboral general a las particularidades de estos trabajadores.

Internacionalmente es de aplicación el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006, el cual entró en vigor en España el 20 de agosto de 2013. Su función es la regulación y unificación internacional de la normativa de trabajo marítima. En él, además de normativa laboral dirigida a la tripulación en general, se contienen preceptos concretos para el capitán, por su especial posición en el buque.[5]

Presenta particularidades el Régimen de la Seguridad Social aplicable a la gente del mar, ya que es el contenido en la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, a diferencia del Régimen General. Además, cuenta con una institución propia el Instituto Social de la Marina la cual es «*una Entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, de ámbito nacional que actúa bajo la dirección y tutela del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, adscrita a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social*».[6]

De especial relevancia es la normativa en materia de seguridad e higiene en el trabajo marítimo, en particular el Real Decreto 258/1999, de 12 de febrero, por el que se establecen condiciones mínimas sobre la protección de la salud y la asistencia médica de los trabajadores del mar, y el Real Decreto 1216/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a borde de buques de pesca. Esta normativa se completa con la legislación propia del Derecho marítimo sobre la seguridad marítima nacional e internacional.

2. El capitán

2.1. Concepto

Históricamente el título de capitán de buque se denominaba Piloto Mayor de la Casa de Contratación de Sevilla en 1503. No es hasta las ordenanzas de Bilbao de 1773 cuando aparece la designación de Capitán, Maestre o Patrón de Navío. El título de Capitán de Marina Mercante fue creado en el año 1890.

El capitán es una de las figuras más importantes del

[1] [2] Alfredo Montoya Melgar, Derecho del Trabajo. (Tecnos, 2013) p. 505.

[3] Artículo 160 Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima «Sin perjuicio de lo que dispongan las ordenanzas laborales o los laudos que las sustituyan, las categorías básicas del personal marítimo son las siguientes: a) Capitán; b) Oficiales; c) Subalternos. Las personas que integren dichas categorías deberán estar en posesión de las titulaciones profesionales o certificados de especialidad correspondientes para poder ejercer como miembros de la dotación de buques mercantes, según lo que reglamentariamente se determine».

[4] «En el ordenamiento español es ante todo el Derecho del trabajo la rama jurídica que se ocupa del contrato de «embarque» o de «enrolamiento», términos empleados indistintamente en España junto con el de «contrato de trabajo», y, en general, de las relaciones laborales de la gente de mar y de su régimen de la seguridad social» José Luis Gabaldón García, Compendio de Derecho Marítimo español. Comentario al curso de Derecho Marítimo Internacional. (Marcial Pons, 2016) p. 94.

[5] Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre el Trabajo Marítimo, en: http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/lang--es/index.htm (consultado por última vez el 01/10/2016).

[6] Ministerio de empleo y Seguridad Social, El Instituto Social de la Marina, en: http://www.segsocial.es/Internet_1/LaSeguridadSocial/Quienessomos/InstitutoSocialdela29421/index.htm?ID=29421 (consultado por última vez el 30/09/2016).

Derecho de la navegación con la peculiaridad de que ostenta derechos y obligaciones tanto de derecho público como de derecho privado.

La figura del capitán está regulada en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley de Navegación Marítima, en concreto, en la Sección 2ª del Capítulo III del Título III. El primero de sus artículos define capitán como aquella persona que *«ostenta el mando y la dirección del buque, así como la jefatura de su dotación y representa a bordo la autoridad pública»*.[7]

De esta definición podemos aclarar que la nota definitoria que diferencia al capitán del resto de la dotación es el poder de mando, lo que significa que el capitán es el jefe de la expedición marítima emprendida, jefe del buque y jefe de la comunidad humana viajante[8]. Estas facultades sólo competen al capitán, a diferencia de otras que pueden ser delegadas. Las podemos dividir en funciones técnicas, públicas y administrativas.

El poder que se le otorga al capitán es único y exclusivo de este sujeto de derecho, del cual no existe correspondencia en el Derecho terrestre o común. Este poder no es absoluto, y se limita a un poder disciplinario sobre el resto de la dotación, el buque y el viaje emprendido debido a la naturaleza del viaje. Ante las decisiones que tome, el capitán debe estar protegido contra la posibilidad de medidas sancionadoras o despido por haber actuado conforme a su criterio profesional.

2.2 Designación y cese

El capitán es designado y cesado por el armador.[9] Este, por su parte, es aquella persona que *«siendo o no su propietario, tiene la posesión de un buque o embarcación, directamente o a través de sus dependientes, y lo dedica a la navegación en su propio nombre y bajo su responsabilidad»*[10]. La razón por la que el armador designa al capitán es la especial relación de confianza que ostentan ambas figuras.

El armador es libre para contratar a la persona que estime conveniente como capitán, siempre que, como es evidente, reúna los requisitos legales para el ejercicio del cargo. El nombre del capitán tiene que aparecer registrado en la Patente de Navegación[11] para colocarlo al mando del buque[12], y de esta forma el capitán quedará amparado por un especial régimen jurídico.

2.3 Requerimientos para el ejercicio del cargo

Para ser capitán de buque hay que contar la titulación correspondiente[13]. Este título es expedido por la administración oportuna atendiendo a lo establecido en diferente normativa nacional, internacional y comunitaria.[14]

Para ello se tienen que cumplir los siguientes requisitos:

- Contar con el título universitario oficial de licenciado en náutica y transporte marítimo o de los correspondientes títulos de grado y master en dicho ámbito.

- Estar en posesión del título profesional de piloto de primera o de piloto de segunda de la marina mercante.

- Acreditar un período de embarque no inferior a treinta y seis meses como oficial de puente.

- Tener en vigor el reconocimiento médico realizado por el Instituto Social de la Marina.

3. La relación laboral del capitán del buque

3.1. La relación laboral especial

Antes de abordar el concreto objeto de estudio de este trabajo, considero, que es necesario hacer una pequeña aclaración sobre la existencia de relaciones laborales de carácter especial en la normativa laboral.

En el Estatuto de los Trabajadores (de aquí en adelante ET) no se le da el mismo tratamiento normativo a todas las relaciones laborales, sino que, por razón

[7]Artículo 171 Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM)
[8]José Luis Gabaldón García y José María Ruiz Soroa, Derecho de la Navegación Marítima, (Marcial Pons, 2006). p.403.
[9]Artículo 172 LNM.
[10]Artículo 145.1 LNM.
[11]La Patente de Navegación es «el documento que autoriza al mismo para navegar por los mares bajo pabellón español y legitima al Capitán para el ejercicio de sus funciones a bordo de dicho buque».
Ministerio de Fomento, La Patente de Navegación, en:
http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/MARINA_MERCANTE/NAUTICA_DE_RECREO/Documentos_administrativos/Patente_de_Navegacion/ (consultado por última vez el 30/09/2016).
[12]Artículo 28 del Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo.
[13]Artículo 173.1 LNM.
[14] A nivel nacional deberemos atender al Real Decreto 973/2009, de 12 de junio, por la que se regulan las titulaciones profesionales de la marina mercante; a nivel comunitario, a la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas la cual ha sido modificada por la Directiva 2012/35/UE de 21 de noviembre; y, finalmente, a nivel internacional, al Convenio de 7 de julio de 1978 sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente del mar, con adhesión de España el 11 de octubre de 1981.
[15]Artículo 2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

de su especialidad, la norma laboral recoge una lista numerus apertus donde enumera regímenes especiales de trabajo[15]. De esta situación se desprende que los trabajadores que se encuentren en una de estas situaciones contarán, además de con una legislación básica, con una norma especial que se adapta a las particularidades de su actividad laboral. No se trata de una situación discriminatoria[16], sino que en atención del criterio de especialidad es necesaria la creación de normativa más ajustada a la realidad del trabajo a desempeñar.

Dentro de las relaciones laborales especiales recogidas en el ET nos interesan especialmente dos: los estibadores portuarios[17] y el personal de alta dirección.[18] El primero puesto que es una profesión marítima y, la segunda de ellas, puesto que es el régimen que el TS aplica a los capitanes de buque[19]. Nos quedaremos con estos dos datos para un desarrollo posterior.

El Real Decreto 1382/1985 del Personal de Alta Dirección (en adelante el RD de Personal de Alta Dirección) se encarga de regular las especialidades que estos trabajadores tienen respecto a los trabajadores de régimen común. Razón por la cual no todo se regula por este RD, sino que, para aquellas materias no reguladas en el tendremos que acudir a lo dispuesto en el contrato de trabajo, en la normativa civil y mercantil y, subsidiariamente cuando las partes lo hayan acordado o cuando el RD lo establezca de forma expresa al ET. El fundamento de su aplicación es «*la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe*».[20]

3.2. La relación laboral del capitán de buque

Hasta el año 1990 la relación laboral del capitán de buque estaba regulada por la Ordenanza de Trabajo de la Marina Mercante (en adelante OTMM) que entró en vigor el 1 de julio de 1969. Sin embargo, la citada Ordenanza no fue derogada de forma expresa hasta la Resolución 1 de enero de 2005[21], debido a los problemas que desde 1996 habían tenido los interlocutores sociales y la Comisión Consultiva Nacional de los Convenios Colectivos sobre la sustitución negociada de la Ordenanza de Trabajo. La solución adoptada fue someter la controversia a arbitraje para obtener un laudo arbitral que sentara las bases de la nueva regulación en materia laboral de los trabajadores amparados por la extinta Ordenanza de trabajo.

Nos tenemos que remontar hasta el año 1995, año en el que se aprobó el derogado ET-1995[22], para saber por qué se decidió solucionar el conflicto mediante un laudo arbitral. La razón la encontramos en la Disposición transitoria sexta la cual establecía que, a pesar de la aprobación del ET-1995, las Ordenanzas de Trabajo aprobadas con anterioridad seguían vigentes a menos que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social decidiera derogarlas en atención a que su contenido material estuviera recogido de forma suficiente en la negociación colectiva. En caso negativo, la Comisión Consultiva Nacional podrá acordar someter la solución a un arbitraje, tal y como ocurrió en nuestro caso.

El laudo arbitral concluyó en la creación de un anexo en el que «*se establece el régimen jurídico del sector de la Marina Mercante que figura en el Anexo, en lo que refiere a estructura profesional, estructura salarial, promoción profesional y económica, y poder disciplinario, en sustitución de la Ordenanza Laboral de 20 de mayo de 1969 para dicho sector*». El resto de las materias que no se recogen en el anexo y que tengan que ver con la relación laboral se regulará por el RD de Personal de Alta Dirección, sin olvidar la singular fuente de Derecho del ámbito laboral, con el Convenio Colectivo que les sea de aplicación.

Mientras que la Ordenanza de trabajo seguía en vigor se plantearon algunas cuestiones sobre la constitucionalidad de la misma porque en ella se contenía una modalidad de despido, insólita en nuestro ordenamiento laboral, mediante la cual el armador podía remover al capitán de forma libre[23], sin motivo ni indemnización. Algunos capitanes de barcos y jefes de máquinas entendieron que el artículo que permitía el despido era contrario al artículo 14 CE, sin embargo,

[16] STC 79/1983 de 5 de octubre, en la que se plantea un recurso de amparo que resuelve la resolución de un contrato de trabajo de un capitán de barco en una empresa naviera vasca en aplicación del artículo 90.2 de la Ordenanza Laboral de la Marina Mercante. El recurso plantea la vulneración de los artículos 14 y 24 por el hecho de que el ET haya recogido un listado de relaciones laborales de carácter especial.

[17] Artículo 149 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante «La relación laboral de los trabajadores que desarrollan su actividad en el servicio portuario de manipulación de mercancías podrá establecerse tanto con las sociedades anónimas de gestión de estibadores portuarios (SAGEP), en relación laboral especial contemplada en el artículo 2.1.h) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como directamente con las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, en relación laboral común».

[18] Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

[19] STS 3485/1990 de 30 de abril de 1990 en la que se crea la siguiente doctrina «El examen de la naturaleza de la relación laboral que media entre las partes, aboca a la conclusión de que se insista en el ámbito de la relación especial del personal de alta dirección regulada en el Real Decreto 1382/1985 dado cuanto se establece en su artículo 1.2. Por tanto, el cese acordado por la Empresa sin expresión de causa, encaja en las previsiones del artículo 11.1 del precitado Real Decreto sobre desistimiento del empresario como causa extintiva de la relación contractual, en cuyo sentido se estima el recurso con las consecuencias legales inherentes a tal desistimiento».

[20] Artículo 2 Real Decreto de Personal de Alta Dirección.

[21] Mediante la Resolución de 29 de diciembre de 2004, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del laudo arbitral para el sector de Marina Mercante, por el que se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional, estructura salarial, formación profesional y económica y régimen disciplinario, en sustitución de la Ordenanza Laboral de 20 de mayo de 1969, para dicho sector. Boletín Oficial del Estado, en: https://www.boe.es/boe/dias/2005/01/21/pdfs/A02546-02552.pdf (consultado por última vez el 01/10/2016).

[22] Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [derogado].

[23] Artículo 90.2 Ordenanza de Trabajo de la Marina Mercante.

[24] STS 17160/1990, de 26 de enero de 1990, STS 543/1990, de 26 de enero de 1990, STS 3485/1990 de 30 de abril de 1990, entre otras.

numerosa jurisprudencia del TS[24] no apreciaban esa desigualdad como tal, sino que su argumentación estaba sustentada en la especial relación de confianza en el armador y el capitán también en el ámbito de la relación laboral. Similar tesis sostuvo el TC[25] en la resolución de recursos de amparo sobre la misma problemática negando discriminación contraria al artículo 14 CE.

Posteriormente a la inaplicación de la OTTM el TC siguió sosteniendo que el despido libre era constitucional, pero con la interpretación implícita[26] de admitir que de esta forma la regulación del alto directivo contempla una indemnización mínima indisponible por las partes. Según el Tribunal «*la pérdida de la confianza, que legitima sustantivamente el despido, es la circunstancia significativa para subsumir el evento directa o analógicamente en el régimen especial configurado en el Real Decreto 1382/1985*».[27] Es decir, debido a la similitud de relaciones armador/capitán y socios/alta dirección, lo más lógico es aplicar este régimen de despido porque en el despido del trabajador de alta dirección éste tiene derecho a indemnización, que será la pactada o la que fija la norma.[28]

Las sentencias que asientan la doctrina sobre la inaplicación de la OTMM por el RD de alta dirección son dos.

Por una parte, la STS 1966/1990 de 3 de marzo de 1990 resuelve un recurso de casación sobre el despido libre de un patrón de pesca[29] y sienta doctrina sobre la inaplicación de la OTMM. El TS sustenta su decisión sobre la base de que:

- Las SSTS dictadas y citadas con anterioridad no trataban de una extinción del contrato de trabajo, sino del cese de la posición de Capitán o Patrón y su reincorporación en la misma empresa en un cargo inferior al que venían desempeñando, si bien, excluyen la aplicación del RD de Personal de Alta Dirección.

- En las citadas sentencias, nos encontramos con que algunas de ellas entienden que no hay vulneración de derechos fundamentales, simplemente un problema de legalidad ordinaria. Algunas de las sentencias afirman que Capitán de la Marina Mercante debe calificarse como alto cargo, como personal de alta dirección en el sentido del artículo 2. 1, a) del ET.

- No se puede negar que la relación que una a un Capitán o a un Patrón y la persona que le contrata es una relación laboral, ya que se cumplen las cinco notas que diferencian una relación laboral de otro tipo (por ejemplo, mercantil o civil) al cumplirse los requisitos del artículo 1. 1 ET; no estar en ninguno de los supuestos de exclusión del apartado tercero del citado artículo; y tampoco en la lista de relaciones laborales especiales del artículo 2.2 ET.

- Por lo anterior, es pertinente analizar la incidencia que el Real Decreto de Personal de Alta Dirección tiene en su aplicación a la figura de los capitanes o patronos de buque. El RD define a los trabajadores de alta dirección como «*aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los intereses generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitada…*». En la lógica del tribunal esta definición sería acorde con la posición que ocupa el capitán dentro de una empresa naviera, ya que no solo es «*el titular del puesto-vértice de su estructura piramidal, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asuman altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial; ya que la primera expresión hace referencia a la intensidad del poder, no a su extensión en lo territorial o funcional*» y « *la segunda expresión -poderes relativos a los intereses generales de la empresas está haciendo referencia al ejercicio de un poder superior que puede determinar el sentido de la marcha de la empresa de la misma forma que lo haría su titular, sin sometimiento a otros órganos intermedios, pero, dada la complejidad estructural actual de muchas organizaciones empresariales, las decisiones pueden ser tomadas en áreas concretas o en sectores clave de su actividad, en las que, sin embargo, se encuentran implicados los objetivos generales de la empresa que engloban a todas esas áreas o sectores*».[30]

- El Tribunal concluye que se ajusta la definición de personal de alta dirección debido a las amplísimas facultades de dirección y representación del naviero que tiene conferidas el capitán y el patrón que recogía el CCom, y la actual LNM. Por ello, se declara ilegal el art. 61 OTMM que regulaba el despido libre, y se sustituye por la aplicación del Real Decreto de Personal de Alta Dirección.

La segunda, la STS 3485/1990 de 30 de abril de 1990, igualmente, resuelve un recurso de casación en el que un capitán de la marina mercante que es despedido solicita la inaplicación de la OTMM y la aplicación de la doctrina del TS, el cual acepta tal petición en base

[04] STS 17160/1990, de 26 de enero de 1990, STS 543/1990, de 26 de enero de 1990, STS 3485/1990 de 30 de abril de 1990, entre otras.
[25] STC 1/1984, de 16 de enero de 1984 y STC 79/1983, de 5 de octubre de 1983.
[26] Miguel Cardenal Carro, El difícil diálogo entre normas laborales y tributarias. Algunas consideraciones sobre la tributación de las indemnizaciones por despido, a partir de la endeble doctrina judicial sobre altos directivos. Revista doctrinal Aranzadi Social 2003, núm. 9.
[27] STC 20/1994, de 27 de enero
[28] Artículo 11 Real Decreto de Personal de Alta Dirección.
[29] El Patrón de pesca, como dice la sentencia en el FJ2, es un cargo de mando del buque al que se le puede aplicar el despido libre de la OTMM, al igual que al capitán de buque.
[30] FJ5.

a lo siguiente:

- El actor solicita la declaración de nulidad, o en su caso improcedencia del despido debido a la interpretación errónea del art. 90.2 OTMM en relación con el artículo 1.2 RD de Personal de Alta Dirección y con el artículo 1.1 ET. La empresa, argumenta que a pesar de que el trabajador fuera capitán de buque, este no realizaba actividades de las descritas en el RD de Personal de Alta Dirección, sino que era un trabajador común de la empresa.

- Una vez escuchada oída la postura de las partes, el tribunal dice que «*aboca a la conclusión de que ésta se inserta plenamente en el ámbito de la relación especial del personal de alta dirección, regulada por el Real Decreto 1382/1985 , visto que, según su art. 1.2, se entiende como incluidos en este personal "a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativo a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad"*»,[31] todo ello en atención a lo establecido en la misma sala que resuelve este recurso el 3 de marzo de 1990 en la STS 1966/1990.

- Por ello, se falla a favor del trabajador, ya que se declara nulo el despido al no haber motivo y no haberse realizado conforme a lo establecido en el RD de Personal de Alta Dirección que sería la norma de aplicación.

En la primera de las sentencias analizadas además del capitán de buque se incluye al patrón de pesca. Ese mismo año, en 1990, el Alto Tribunal sentenció[32] que la figura de la alta dirección sólo será de aplicación al capitán de buque, y no era de aplicación a los jefes de máquinas ni a los patrones de pesca, los que calificó como trabajadores comunes.

La calificación del capitán de buque como directivo de alta dirección plantea problemas a la hora de su aplicación aún hoy en día.[33] Por ello, algunos autores [34]mantienen la posibilidad de que frente a esta situación la mejor solución es que se les trate como trabajadores por cuenta ajena comunes y, por ello, sea de aplicación la legislación laboral común y ordinaria.

3.3. La Ordenanza de Trabajo de la Marina Mercante versus el Real Decreto de Alta Dirección

Del análisis del articulado de ambas normas vamos a extraer los siguientes resultados: La OTMM era una norma que fue creada para regular el ámbito material concreto del trabajo realizado por la dotación de un buque, las distintas categorías profesionales, la jerarquía entre ellas, etc. Es una norma preconstitucional específica que regulaba en su totalidad el trabajo realizado en la Marina Mercante.

Por su parte, el Real Decreto de Personal de Alta Dirección es una norma con una técnica legislativa más moderna que regula las especialidades de este tipo de trabajadores, la cual es de aplicación subsidiaria, a menos que las partes lo hayan pactado o cuando el RD establezca su obligatoria aplicación. Podemos observar en su corto articulado que solo aparecen aquellos casos de aplicación, a los altos directivos, un tratamiento diferenciado, ya que, toda la norma va dirigida a ellos y sus características.

Con lo anterior quiero evidenciar que ambas normas tienen un ámbito material de aplicación muy concreto y específico, sobre todo la Ordenanza de Trabajo, en la que choca que, mediante una interpretación amplia del concepto de alta dirección, y por las notas principales de los trabajadores del mar, se puedan subsumir unos trabajadores especiales en la normativa de otros.

4. Crítica y conclusión

Considero descuidada la actuación omisiva del legislador y la interpretación de tribunales referentes a la regulación laboral del capitán de buque.

Por una parte, las STS que sientan la doctrina sobre la aplicación del Real Decreto, solo se sustentan en que cómo el capitán de buque cuenta con las notas características semejantes a un trabajador de alta dirección, va a ser de aplicación lo establecido en el Real Decreto en lo referente al despido. Pero, en ningún momento el TS declara nulo el despido libre en sí mismo, ya que el TC con anterioridad lo había declarado constitucional, y no veía motivos para que fuera discriminatorios conforme al art. 14 CE.

Al no poder entrar a valorar el TS lo establecido en numerosas sentencias dictadas por el TC acerca de la constitucionalidad del despido libre, salva este problema inaplicado la OTMM y aplicando por analogía el Real Decreto mediante una argumentación escasa.

En segundo lugar, aunque sea verdad la semejanza

[31]FJ4.
[32]STS 3262/1990, de 11 de abril de 1990 y STS 3907/1990 de 22 de mayo de 1990.
[33] Como, por ejemplo, en la STS de 12 de junio del 2012, la cual resuelve una controversia surgida por un desistimiento empresarial, al aplicar el RD de Personal de Alta Dirección el despido de este trabajador es considerado nulo y con efecto obligado a la readmisión, sin poder optar el trabajador entre readmisión o indemnización.
[34]Yolanda Sanchez-Urán Azaña, Estatuto jurídico del alto directivo laboral tras la reforma del Derecho de Sociedades, Revista del Ministerio de Empleo y la Seguridad social 2015, núm. 118.

que puede haber entre un alto directivo y un capitán de buque, en atención a la descripción de esta figura en el Código de Comercio, el TS no tiene en cuenta el medio donde desempeña su trabajo el capitán de buque, pues éste es totalmente diferente al de, por ejemplo, un director general de una sociedad. Tampoco tiene en cuenta que la dotación de un buque, de muy diferentes características, no es lo mismo que los subordinados que pueda tener un alto directivo. Dejando de un lado las funciones administrativas, no se tiene en cuenta que un capitán de buque, tal como le confería el Código de Comercio y actualmente la LNM, es una autoridad pública, y la relación que tiene la dotación con él nunca puede ser la misma que la que puede llegar a tener un alto directivo con sus subordinados. Por ello, considero que las notas características para asemejar a estos dos profesionales de dirección y jerarquía no son suficientes.

Como ya hemos visto, dentro de la OTMM había contenido, sobre las categorías de los puestos de trabajo, que era necesario salvar. Por los problemas surgidos en la negociación de la misma se decidió que la controversia se resolvería por medio de laudo arbitral como así permitía el ET-1995, el cual recoge el contenido de la OTMM, el cual debería actualizarse y aparecer reflejado en algún texto normativo. Lo que se hizo es disgregar la norma, de tal manera que lo que antes se encontraba en un mismo texto normativo, con las salvedades de que en algunos casos fuera necesario que se completara con otro texto normativo, ahora aparezca en diferentes normas, y una de ellas nada adecuada.

De tal importancia eran las materias recogidas en la OTMM (la cual, recordamos, se dejó de aplicar en 1990), que casi cuarenta años después de su aprobación y dieciocho de su inaplicación debido a la doctrina estudiada del TS, la Exposición de motivos del Real Decreto 1311/2007[35] sigue teniendo en cuenta hasta ese momento su regulación.

Es verdad que en materia internacional contamos con el Convenio sobre el trabajo marítimo el cual recoge importante normativa laboral acerca del desempeño y de las funciones de la dotación y, no menos, del capitán de buque, sin embargo, este Convenio no fue ratificado por España, como ya hemos dicho, hasta el año 2013.

Finalmente, hemos estudiado que dentro del ET aparece un listado abierto de relaciones laborales especiales por razón de la especial labor a realizar o del medio donde se realiza la tarea. Entre estas relaciones especiales está la del estibador portuario, regulada por un RD del año 1986[36] modificado por el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo[37], profesión marítima que cuenta con su propia normativa.

No solo eso, sino que en los siguientes años se fue aprobando diferente normativa que iba ampliando la lista de relaciones laborales de carácter especial como la LMFAOS-2003 sobre los menores sometidos a internamiento, y la Ley 44/2003 de 21 de noviembre reguladora de la relación laboral especial de los residentes en formación para obtener un título de especialistas en Ciencias de la Salud. Finalmente, la Ley 22/2005 de 12 de noviembre, ha agregado la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos.

A pesar de la normativa internacional que regula el trabajo del capitán de buque y la deficiente normativa nacional, después de todo lo expuesto anteriormente no entiendo por qué el legislador no ha regulado esta materia como una relación laboral especial con su propia normativa. En la que, como dice MONTOYA MELGAR en la pregunta con la que hemos iniciado este trabajo, pueda recoger también otras profesiones singulares y semejantes como los trabajadores aeronáuticos.

5. Bibliografía

5.1 Legislación utilizada

5.1.1 Legislación internacional

Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas la cual ha sido modificada por la Directiva 2012/35/UE de 21 de noviembre.

Convenio sobre el Trabajo Marítimo 2006.

Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar, aprobado el 7 de julio de 1995 (OMI).

Convenio de 7 de julio de 1978 sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente del mar.

Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974 (OMI).

5.1.2 Legislación nacional

[35] Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre, por el que se establecen nuevos criterios para determinar la pensión de jubilación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.
[36] Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba.
[37] Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.
Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Ley 3/2010, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado.

Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre, por el que se establecen nuevos criterios para determinar la pensión de jubilación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Real Decreto 973/2009, de 12 de junio, por el que se regulan las titulaciones profesionales en la marina mercante.

Resolución de 29 de diciembre de 2004, de la Dirección General de Trabajo.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [derogado]

Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo.
Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba.

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Orden por la que se aprueba la Ordenanza del Trabajo en la Marina Mercante de 1 de julio de 1969.

5.2 Manuales

ARROYO I. Curso de Derecho Marítimo, editorial J.M Bosch Editor, 2001.

GABALDÓN GARCÍA, J.L. Manual de Derecho de la Navegación Marítima, editorial Marcial Pons, segunda edición (2002).

GABALDÓN GARCÍA, J.L. y RUIZ SOROA, J.S. Manual de Derecho de la Navegación Marítima, editorial Marcial Pons, tercera edición (2006).
GABALDÓN GARCÍA, J.L. Compendio de Derecho Marítimo español. Comentario al curso de Derecho Marítimo Internacional, editorial Marcial Pons, 2016.

MONTOYA MELGAR, A. Derecho del trabajo, editorial Tecnos, trigésima cuarta edición (2016).

5.3 Artículos doctrinales

CARDENAL CARRO M. El difícil diálogo entre normas laborales y tributarias. Algunas consideraciones sobre la tributación de las indemnizaciones por despido, a partir de la endeble doctrina judicial sobre altos directivos. Revista doctrinal Aranzadi Social, núm. 9/2003.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. Estatuto jurídico del alto directivo laboral tras la reforma del Derecho de Sociedades, Revista del Ministerio de Empleo y la Seguridad social, núm. 118 (2015).

DERECHO COMUNITARIO

Pactos en el mundo farmacéutico: Análisis de la STJUE de 23 de enero de 2018 (C-179/16 – F. Hoffmann La Roche y otros) y de la nueva acción de daños por ilícitos Antitrust

Ignacio García-Perrote Martínez
Universitat Pompeu Fabra

Resumen: El Tribunal de Justicia responde a cinco cuestiones prejudiciales sobre la definición del mercado de referencia y sobre la aplicación de los artículos 101.1 y 101.3 TFUE en un asunto relativo a unas sanciones por infracción del artículo 101 TFUE por difundir información presuntamente engañosa sobre los efectos nocivos del Avastin prescrito off-label para beneficiar al Lucentis que se prescribe on-label para tratar la misma patología. Tras analizar la sentencia, se estudia la posibilidad de demandar por daños a las infractoras describiendo la regulación de la acción de daños derivada de la Directiva 2014/104/UE (Directiva de Daños).

Abstract: The European Court of Justice answers to five questions for a preliminary ruling on the definition of the relevant market and the application of article 101.1 and 101.3 TFEU in a case concerning a proceeding about the financial penalties imposed because of an infringement of article 101 TFEU through the dissemination of allegedly false information about the harmful effects of Avastin's off-label prescription to benefit Lucentis, which is on-label prescribed to treat the same diseases. After analysing the decision, the possibility to sue those infringers for damages is studieddescribing the nowadays regulation of the action for damages of Directive 2014/104/EU (Directive on Antitrust Damages Actions)

Palabras Clave: Derecho de la competencia, aplicación pública, aplicación privada, prácticas colusorias, mercado de referencia, restricción de la competencia por el objeto, acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, prescripción de medicamentos al margen de la autorización de comercialización y en el marco de tales términos.

Key Words: Competition law, antitrust, public enforcement, private enforcement, concerted practices, relevant market, restriction of competition by object, antitrust damages actions, use of off-label and on-label medicinal products.

Recepción: 21.03.2018 Aceptación: 25.04.2018

Introducción

La resolución comentada es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2018 (F. Hoffmann-La Roche Ltd., Roche SpA, Novartis AG, Novartis Farma SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercado, asunto C-179/16). El conflicto planteado trata la competencia en el mercado de los productos farmacéuticos y su uso de acuerdo con los términos de su autorización para comercializar y al margen de estos, en virtud de, por un lado, la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001 por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano[1] en sus versiones modificadas por el Reglamento (CE) 1394/2007 del Parlamento y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007[2] y por la Directiva 2010/84/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010[3]. Por otro lado, de acuerdo con el Reglamento (CE) 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos (AEM)[4] en sus versiones modificadas por el Reglamento (CE) 219/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009[5] y por el Reglamento (UE) 1235/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010[6].

Según la primera de las normas, sin previa autorización de comercialización, ni se comercializará el producto farmacéutico ni se fabricará. Asimismo, los Estados dispondrán de un sistema de farmacovigilancia, que recogerá información sobre los riesgos para la salud, tanto del uso on- y off-label[7]. Finalmente, los anuncios deberán ser objetivos, sin equívocos y hechos previa o simultáneamente a la AEM y a la Comisión. La normativa relevante de la segunda trata sobre el procedimiento de modificación de los datos de la autorización de comercialización.[8]

l mercado de los productos farmacéuticos, aun regulado por la Unión Europea y los Estados Miembros y afectado por el derecho de patentes, está liberalizado y existe margen para la entrada de nuevos actores. De acuerdo con la Comisión Europea, uno de los retos a los que se enfrenta este sector es la búsqueda del equilibrio entre apoyar a las empresas dedicadas a la investigación y el desarrollo y permitir crear un ambiente que acepte la entrada de medicamentos cuyo coste de producción sea inferior[9]. El otro sería el uso en los términos de la autorización –u on-label– y al margen de tales términos (off-label) de los productos medicinales. La regulación de la Unión Europea busca establecer unos estándares de seguridad, calidad y eficacia para, de esta forma, *"proteger la salud pública en aplicación del artículo 168 del TFUE y asegurar la libre circulación de edicamentos en la UE de acuerdo con el artículo 114 TFUE".*[10] El uso on-label, por una parte, es aquel hecho en los términos incluidos en la autorización para comercializar de la autoridad competente, es decir, cuando se dan las condiciones para el uso eficaz y seguro del producto en cuestión; por otra parte, el uso al margen de la autorización tiene lugar cuando se prescribe para un fin no esperado o con una dosis, frecuencia de administración o duración diferente de la prevista o con un conjunto de pacientes distinto[11]. Antes de entrar en la sentencia propiamente dicha, deben resaltarse cuáles son las razones que mueven a los profesionales y a los pacientes a usar algunos medicamentos off-label: (i) la falta de un producto cuya comercialización esté autorizada para tratar su patología (ii) o, si existe, su poca eficiencia, (iii) la habitualidad de la prescripción entre profesionales, (iv) razones económicas, (iv) el desconocimiento de que se trata de una prescripción off-label, y (v) la automedicación, entre otros.[12]

Finalmente, después de estudiar y valorar la sentencia base de este artículo, se analizarán, partiendo de una resolución ficticia del caso desde el que se elevan las cuestiones prejudiciales, algunos aspectos de la aplicación privada del Derecho de la competencia.

La STJUE de 23 de enero de 2018 (C-179/16 – F. Hoffmann La Roche y otros)

Hechos y cuestiones planteadas

La cuestión prejudicial fue elevada en el marco de un proceso contencioso que había llegado ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) de Italia. Las partes eran, por un lado, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM, de ahora en adelante) y, por otro, F. Hoffmann La Roche Ltd. (a partir de ahora, Roche), Roche SpA (Roche Italia a partir de este mo-

[1] DO 2001, L 311, p. 67.
[2] DO 2007, L 324, p. 121.
[3] DO 2010, L 348, p. 74.
[4] DO 2004, L 311, p. 1.
[5] DO 2009, L 87, p. 109.
[6] DO 2010, L 348, p. 138.
[7] Artículos 6, 40, 101 y 106 de la Directiva 2001/83/CE
[8] Artículo 16 del Reglamento (CE) 764/2004
[9] Comisión Europea, Commission Staff Working document accompanying the Report on Competition Policy 2016, COM (2017) 285 final, pp. 65 y ss.
[10] MarjoleinWeda et al., Study on off-label use of medicinal products in the European Union", European Union, 2017, página 13.
[11] Las dos definicioneshansidoextraídas de MarjoleinWeda et al., Study on off-label use of medicinal products in the European Union", European Union, 2017, página 13: y la definición de uso al margen de la autorización ha sidotraducida de esta: Off-label use may refer to the use for a different indication, use of a different dosage, dosing frequency or duration of use, use of a different method of administration, or use by a different patient group, enMarjoleinWeda et al., página 13.
[12] MarjoleinWeda et al., Study on off-label use of medicinal products in the European Union", European Union, 2017, páginas 53 y 54

mento), Novartis AG y Novartis Farma SpA (Novartis Italia, en lo sucesivo).

La AGCM, autoridad de la competencia de Italia, incoó diligencias contra Roche, Roche Italia –su filial– y Novartis y su filial, Novartis Italia, y las sancionó con una multa porque dichas empresas realizaron una práctica colusoria contraria al artículo 101 del TFUE durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2011 y el 27 de febrero de 2014. Su fin era diferenciar artificialmente los medicamentos Avastin y Lucentis manipulando la percepción de los riesgos que conllevaba el uso del primero en el ámbito de la oftalmología, cuando había estudios que afirmaban que eran equivalentes.[13]

La instrucción de la AGCM concluyó que Roche y Novartis se repartían el mercado y que este acuerdo horizontal restringía la competencia por su objeto. Asimismo, constató que ambos medicamentos eran equivalentes en el tratamiento de las enfermedades oculares, que Avastin, en su uso al margen de la autorización, era el competidor principal de Lucentis y que el objeto de la práctica era la elaboración y difusión de noticias que provocaran inquietud sobre la seguridad de los usos oftalmológicos de Avastin. El resultado de esta actuación fue el descenso de las ventas de Avastin y el progresivo desplazamiento de la demanda hacia Lucentis, con el inevitable sobrecoste para el servicio nacional de salud, puesto que el Avastin era más barato.

La resolución de la Autoridad de la Competencia Italiana fue recurrida ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio (Tribunale amministrativo regionale per il Lazio) por Roche, Novartis y sus filiales. Su desestimación llevó a que recurrieran en apelación ante el Consejo de Estado (Consiglio di Stato), quien decidió plantear diversas cuestiones al Tribunal de Justicia y, por ello, suspendió el procedimiento.

El órgano remitente elevó cinco cuestiones prejudiciales. La primera trataba, por un lado, sobre la aplicación del artículo 101.1 TFUE a las limitaciones de la competencia pactadas entre las partes de un contrato de licencia, pero fuera de éste, cuando ellas son restricciones accesorias[14] y, por otro, si el artículo se aplicase, si podría beneficiarse de la exención del artículo 101.3 TFUE[15]. Las preguntas segunda a cuarta estaban relacionadas con el concepto de mercado de referencia y los productos que podían allí incluirse, especialmente si unos se prescribían en el marco de la autorización para comercializar y otros, al margen de ésta[16]. Finalmente, la quinta cuestión se centra en el concepto de restricción por objetoy si es correcto afirmar que la conducta atribuida a Novartis y Roche constituye tal tipo de restricción y, por tanto, no es necesario analizar los efectos sobre el mercado.[17]

Respuestas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sobre las preguntas relativas a la posibilidad de incluir en un mismo mercado de referencia a productos autorizados para un uso específico y otros prescritos para tal pero de forma off-label, considera la Sala que es posible en tanto en cuanto entre ellos exista una relación de sustituibilidad. Para ello, define de nuevo la noción de mercado y recuerda que el elemento esencial para saber si se incluirían o no el mismo grupo es que uno pueda sustituir al otro.

La Sala explica que la necesidad de definir el mercado de referencia obedece a una doble finalidad: determinar si el acuerdo puede afectar al comercio entre Estados Miembros y si puede falsear la competencia por su objeto o sus efectos. El mercado comprende aquellos productos o servicios que, por sus características, precio y uso pueden ser considerados como intercambiables entre sí y que, por tanto, entre éstos puede existir una competencia efectiva ya que existe entre ellos un grado suficiente de sustituibilidad. No obstante, se excluyen aquellos productos cuya venta sea ilegal o ilícita. El quid de la cuestión es si los productos farmacéuticos sustituibles entre sí para el tratamiento de ciertas patologías forman parte del mismo mercado de referencia, teniendo en cuenta que, por un lado, no todos tienen la autorización para su comercialización con tal fin. Por otro lado, no se puede olvidar que, de acuerdo con la Sala, los criterios para seleccionar la prescripción de un medicamento u otro en este sector son la oportunidad terapéutica y la eficacia.[18]

En el caso, la regulación en materia de medicamentos de la UE únicamente somete a ciertas condiciones la prescripción de los medicamentos off-label, pero no la prohíbe.No estaba constatada la ilicitud de las condiciones en las que se prescribía el Avastin en un uso al margen de la autorización de comercialización, por lo que no puede impedirse que se incluya en el mismo mercado que el Lucentis, a pesar de que este se comercializara para el uso al que estaba autorizado, es decir, para el tratamiento de patologías oculares. Por ello, como no existía conflicto alguno respecto a la prescripción de sendos medicamentos para el tratamiento de las mismas patologías, sin perjuicio de la autorización expresa, se concluyó que eran sustituibles y que podían incluirse en el mismo mercado.

[13] Sobreestaequivalencia, verOCDE, Annual Report on competition policy developments in Italy (2014), DAF/COMP/AR(2015)56, apartado 27.
[14]STJUE, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd. y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2018), apartado 68.
[15] STJUE, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd. y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2018), apartado 96.
[16]STJUE, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd. y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2018), apartado 48.
[17] STJUE, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2018), apartado 76.
[18] STJUE, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2018), apartado 65.

Respecto a la primera parte de la primera cuestión, entiende el Tribunal que la práctica no se puede excluir de la aplicación del art. 101 TFUE porque sea accesoria a un contrato de licencia que, a priori, no es contrario a la competencia. Para llegar a esta conclusión, recuerda la Sala que el criterio jurisprudencialmente establecido para decidir si una restricción de la autonomía de una parte accesoria a un contratoestá permitida es su necesidad objetiva y la proporcionalidad respecto a sus objetivos. Por ello, la pregunta que debe responderse en el caso para saber si la restricción está permitida al ser accesoria a una operación no contraria a la competencia es si, en el supuesto de no aplicar tal restricción, sería posible realizar la operación principal.

En el caso, el comportamiento accesorio objeto de la cuestión es la difusión de información supuestamente engañosa sobre los efectos adversos al uso off-label del Avastin. El único fin de esta práctica es limitar el comportamiento de terceros, como serían los consumidores –al adquirirlo– y, principalmente, los profesionales sanitarios –al prescribirlo–, para que este medicamento no provoque una mayor reducción del uso del Lucentis. Por el momento en el que se pactó, con posterioridad a la conclusión del contrato de licencia, y por el objetivo perseguido, eliminar la sustituibilidad de los dos productos para tratar las patologías oculares, entiende el Tribunal que no era un comportamiento ni objetivamente necesario ni proporcional para la correcta aplicación del contrato de licencia del que se reputaba la práctica como accesoria.

Cuando analiza si la práctica de Novartis y Roche consistente en difundir información en un contexto de incertidumbre científica sobre los efectos adversos del uso off-label del Avastin para el tratamiento de patologías oculares con la intención de reducir la presión competitiva sobre el Lucentis, medicamento sí autorizado para comercializarse para tratar esas enfermedades, constituye o no una restricción por su objeto del derecho de la competencia, el Tribunal llega a la conclusión de que es así. Para ello, por un lado, recuerda qué es una restricción por el objeto y los requisitos para analizar los acuerdos para calificarlos de esta forma y, por otro, los identifica en el caso.

Los acuerdos horizontales que constituyen una restricción de la competencia por su objeto son aquellos cuyo grado de nocividad es tal que no requiere el análisis posterior de sus efectos en el mercado. En otras palabras, son acuerdos que, por su naturaleza, pueden considerarse perjudiciales. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para poder calificar una práctica colusoria como restrictiva por su objeto es necesario analizar el contenido de las disposiciones del acuerdo, los objetivos pretendidos y el contexto jurídico-económico en el que se integra, que incluye, a su vez, la naturaleza de los bienes afectados por la práctica, la estructura y las condiciones del mercado, así como la normativa de la Unión sobre productos farmacéuticos.[19]

Ciertos medicamentos se ven sometidos a un sistema de farmacovigilancia controlado por la Agencia Europea de Medicamentos (AEM), que obliga, entre otras, a los autorizados a su comercialización a notificar las modificaciones que se den en la información requerida para dicha autorización, en la que se incluyen los resultados positivos y negativos de los análisis. Asimismo, la regulación hace obligatoria la difusión de información de manera objetiva e inequívoca. La AGCM consideró que la estrategia para reducir la presión de la competencia sobre uno de los medicamentos consistente en la difusión de información presuntamente engañosa obedecía a dos fines: diferenciar artificialmente el uso autorizado del Lucentis y el off-label del Avastin y transmitir a la AEM una información que modificara la percepción de los riesgos de este uso del segundo medicamento para que modificara el resumen de sus características y les autorizara a remitir tal información a los profesionales sanitarios. Como el mercado de los productos farmacéuticos tiene la estructura que tiene, una información como la difundida en un contexto de incertidumbre científica sobre la nocividad del Avastin puede modificar negativamente la percepción del público sobre ese medicamento y así conseguir el previsible efecto no sólo de disminuir el número de prescripciones de éste, sino también de reducir la presión concurrencial sobre el Lucentis. Por estos objetivos, se entiende que afecta a la competencia y hace innecesario el análisis de los efectos sobre el mercado.

Por ello, como la práctica constituye una restricción de esa categoría y no se cumple una de las condiciones para poder acogerse a la exención, el Tribunal responde a la segunda parte de la primera pregunta que la práctica no estará cubierta por el apartado tercero del artículo 101 TFUE.

Las exenciones del artículo 101.3 TFUE dependen del cumplimiento de cuatro condiciones acumulativas. Primero, que la práctica contribuya a mejorar la producción o la distribución del producto del que trate o a fomentar el progreso económico o técnico. Segundo, debe reservar una participación equitativa a los usuarios del beneficio resultante de tal práctica. Tercero, no puede imponer a las empresas interesadas restric-

[19] STJUE, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2018), apartados 79 y 80.

ciones dispensables para alcanzar sus fines. Cuarto y último, no deben ofrecer la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos. El Tribunal entiende que, como la difusión de la información engañosa sobre el uso del Avastin era prescindible, no podría acogerse a la exención.

Valoración

Esta resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es novedosa porque es la primera vez en la que se analiza la relación en el mercado de dos productos con autorizaciones para comercializar diferentes pero que pueden ser utilizados con un mismo fin. Es interesante ver cómo la Sala innova sin alterar la definición el mercado de referencia al admitir que el Avastin y el Lucentis no están en dos diferentes, a pesar del uso on- y off-label de cada uno. Al adoptar esta posición y no la de las empresas farmacéuticas, el Tribunal se ha mantenido fiel a su jurisprudencia[20] y ha respetado la delimitación objetiva de los productos que en él se incluyen. En palabras del Abogado General en sus conclusiones para este caso, *"la definición del mercado de productos de referencia no depende de criterios preestablecidos por las normas jurídicas que enmarcan los comportamientos de los operadores económicos, sino más bien de las características objetivas de los productos y de las condiciones reales de competencia que acompañan a estos comportamientos".*[21]

En segundo lugar, se puede observar cómo el tribunal mantiene la definición de restricciones accesorias matizada en la sentencia del caso Mastercard y otros/ Comisión[22] porque la difusión de la información restringe la autonomía de terceros, como serían facultativos y pacientes, y no de una de las partes, pues son aquellos quienes, por los supuestos efectos adversos, dejan de contemplar el Avastin como un posible medicamento para tratar ciertas patologías oculares. Además, no se sostiene la necesidad objetiva de la práctica puesto que nace con posterioridad y no existe ab initio.

En tercer lugar cabe resaltar como, sin explicitarlo, la Sala ha seguido su propio criterio del caso Slovenská sporiteľňa[23]. En esta, se decidió que, ante determinadas infracciones, las empresas tienen el derecho y deber de notificarlas y denunciarlas a las autoridades, porque *"corresponde a las autoridades públicas, y no a las empresas ni a las asociaciones de empresas privadas, garantizar el respeto de las normas jurídicas".* [24]En aquel caso, dice el Abogado General en el caso de estudio, la práctica colusoria tenía como objetivo eliminar del mercado a un competidor cuya práctica era, supuestamente, ilegal y la Sala no entró a valorar las posibles eficiencias que se generarían con su eliminación porque la restricción causada no era necesaria para su obtención. De hecho, así respondió el Tribunal a dos de las preguntas en aquel caso: *"el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una empresa perjudicada por un acuerdo colusorio que tienen por objeto restringir el juego de la competencia operara en el mercado de referencia de manera presuntamente ilegal cuando se concluyó el acuerdo carece de relevancia para determinar si tal acuerdo colusorio constituye una infracción de la citada disposición".* En el caso Hoffmann-La Roche, no correspondía a las dos empresas hacer este movimiento para reducir la demanda de Avastin, sino únicamente a Roche, por ser ella quien lo comercializaba. Por esto, se entiende que la práctica sea calificada como colusoria bajo el art. 101.1 TFUE y no esté exenta a la luz del 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE, porque, en este caso, las eficiencias no justificarían el falseamiento de la competencia.

La aplicación privada del derecho de la competencia

Teniendo en cuenta los antecedentes del caso, las preguntas y las respuestas del TJUE a las cuestiones prejudiciales, puede suponerse que el Consiglio di Stato ratificará la decisión tanto de la AGCM como del el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio. En el supuesto en que la resolución deviniera firme porque no se recurriera en casación, la pregunta sería: ¿cabría reclamar a las infractoras los daños que han causado a través de sus prácticas?

Antes de empezar, debe aclararse que, por conocimientos sobre la regulación, se resolverá esta cuestión como si los hechos hubieran ocurrido en España y no en Italia, puesto que así podría haber sido ya que la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) denunció a las mismas empresas farmacéuticas ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, a partir de ahora) por llevar a cabo una diferenciación artificial que provoca que se pague más para obtener el mismo resultado[26], si bien la CNMC no apreció irregularidad alguna[27]. Asimismo, cuando se hable de la nueva acción de daños se hará

[20] SSTJUE de 25 de octubre de 2001, AmbulanzGlöckner (C-475/99), apartado 33, y de 28 de febrero de 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (C-1/12), apartado 77, en Conclusiones AG, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2017), apartado 30.[21]

[21]Conclusiones AG, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2017), apartado 72.

[22] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014, MasterCard Inc. y otros contra Comisión Europea, C-382/12, ECLI:EU-:C:2014:2201.

[23] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 7 de febrero de 2013, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky contra Slovenská sporiteľňa a.s., C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71.

[24]STJUE, C-68/12, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky contra Slovenská sporiteľňa a.s. (2013), apartado 20; pronunciamientos similares: "no a tomarse la justicia por su mano, usurpando la función de las autoridades competentes a la hora de sancionar eventuales infracciones" en nota 112 de Conclusiones AG, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd. y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2017).

[25]STJUE, C-68/12, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky contra Slovenská sporiteľňa a.s. (2013), apartado 21.

[26] OCU, "OCU denuncia a dos gigantes farmacéuticos: Roche y Novartis", 24.04.2014, <https://www.ocu.org/salud/derechos-paciente/noticias/ocu-denuncia-ante-cnmc>, consultado el 5 de marzo de 2018.

[27]OCU, "Caso Avastin: seguimos sin saber por qué se usa el medicamento más caro", 24.04.2015,<https://www.ocu.org/salud/medicamentos/noticias/avastin-lucentis-respuesta-cnmc>, consultado el 5 de marzo de 2018.

referencia a la nacida de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea[28] (Directiva de daños, a partir de ahora) transpuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros, mercantil y sanitario y sobre el desplazamiento de trabajadores[29] y que modificó la Ley 15/2007, de 3 de julio, que regula la defensa de la competencia[30] (LDC de ahora en adelante).

En mi opinión sí cabría reclamar daños, pues, como se desprende de la sentencia, esta práctica consistente en difundir información presuntamente engañosa para reducir la demanda del Avastin y la presión competitiva sobre el Lucentis fue declarada contraria al Derecho de la competencia y generó un sobrecoste de aproximadamente 45 millones de euros sólo en el año 2012[31]. Se trataría, por tanto, de un caso que se hallaría en el ámbito de aplicación de la Directiva de daños y sus normas transponedoras.

El ejercicio de esta acción podría hacerse a través de una demanda independiente, en la que la demandante debe probar la infracción, el daño económicamente evaluable que se ha producido y la relación de causalidad existente entre ambos. La otra vía es la demanda follow-on que se interpone cuando ya existe una resolución administrativa firme y, si bien es cierto que, por regla general, deben demostrarse los mismos tres elementos, como veremos más adelante, la infracción puede presumirse iuris et de iure o iuris tantum, en función del origen de la resolución.

Mediante la resolución administrativa de la Autoridad Nacional de la Competencia o judicial, si esta hubiera sido recurrida, como ocurre en el caso de estudio, que confirmara la primera, la infracción del Derecho de la competencia de Roche y Novartis quedaría probada. Cabe recordar, a los efectos de interponer una demanda follow-on, que el artículo 75.1 LDC establece *"la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ante un órgano jurisdiccional español"*. El apartado segundo plasma una presunción similar, pero, en este segundo caso, admite prueba en contrario.

Los elementos que se analizarán en los párrafos siguientes son las partes del posible procedimiento y su legitimación, el plazo de prescripción y, de forma más breve, la causalidad y la evaluación económica del daño.

El perjudicado en este caso sería el servicio nacional de salud porque, como se ha expuesto, se reembolsaba el coste a los pacientes, en caso de que tuvieran que pagar por adelantado el producto. Por tanto, se trataría de un caso en el que el perjudicado directo estaría reclamando a los infractores. La legitimidad pasiva de Roche y Novartis sería prácticamente indubitada porque no existen requisitos para ser infractor *"más allá de haber perpetrado una actuación contraria al Derecho de la competencia [y] sin perjuicio de que el demandante deba acreditar que ha padecido él en concreto unos daños cuantificables y el nexo causal entre dicho daño y la infracción"* [32]. Asimismo, cualquiera de las dos –o las dos conjuntamente– podrían ser demandadas porque se establece legalmente un principio de responsabilidad solidaria y conjunta entre los infractores ex arts. 73 LDC y 1144 del Código Civil (CC). Asimismo, no puede olvidarse la posible extensión de la responsabilidad de las matrices (art. 71.2.b LDC).

El mismo artículo 72 LDC establece el derecho al pleno resarcimiento de aquellos que hayan sido víctimas de los ilícitos concurrenciales y, de acuerdo con el párrafo segundo de dicho artículo, *"consistirá en devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia", tal y como también se predica del artículo 1106 (CC). Este principio busca "colocar al perjudicado exactamente en la misma posición en la que se habría encontrado de no haberse producido el acto ilícito"* y no una excesiva compensación, razón por la que tanto la Directiva de Daños como el artículo 72.3 excluyen la reclamación de daños punitivos.[33]

La cuestión más espinosa de este asunto es el plazo de prescripción aplicable. De acuerdo con el artículo 1968.2 CC, las acciones de responsabilidad civil extracontractual prescriben en el plazo de un año desde que el agraviado tiene conocimiento del alcance final

[28] DO 2014, L 359, p. 1.
[29] BOE número 126, de 27 de mayo de 2017.
[30] BOE número 159, de 4 de julio de 2007.
[31] STJUE, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2018), apartado 33.
[32] Patricia Vidal y Agustín Capilla, "Artículo 72", en José Massaguer et al. (Dir.), Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia, Cizur Menor, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 5ª Ed., 2017, p. 1476.
[33] Patricia Vidal y Agustín Capilla. "Artículo 72". en José Massaguer et al. (Dir.). Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia. Cizur Menor. Navarra: Civitas Thomson Reuters. 5ª Ed.. 2017. p. 1473.

del daño, en atención al principio de indemnidad[34]. No obstante, el artículo 74 LDC establece un plazo específico de cinco años cuyo dies a quo será cuando haya cesado la práctica anticompetitiva y el demandante conozca o haya podido razonablemente conocer (i) la conducta y que ésta constituya un ilícito concurrencial, (ii) el perjuicio ocasionado por la conducta y (iii) la identidad del infractor. Como puede observarse, la configuración de sendas acciones es similar y la única diferencia es el plazo[35] y la decisión de cuál es el aplicable se complica por la irretroactividad establecida en la Disposición transitoria primera: *"Las previsiones recogidas en el artículo 3 de este Real Decreto-Ley* [el relativo a la modificación de la LDC] *no se aplicarán con efecto retroactivo"*.[36] Teniendo en cuenta que la resolución judicial final en la que se fijarán la conducta y su ilicitud y los infractores se dictará con posterioridad a la aprobación del texto de trasposición, considero que el plazo aplicable será el de la nueva versión de la LDC y no habrá problemas de retroactividad porque se aplicará a una acción follow-on nacida con posterioridad a la entrada en vigor. No obstante, el alcance de la irretroactividad deberá ser concretado por los tribunales.[37]

La cuantificación del perjuicio es uno de los elementos más complejos que revisten estas acciones de daños. Su carga corresponde, de acuerdo con el artículo 76 LDC, al demandante, salvo que la precisa cuantificación sea prácticamente imposible o excesivamente difícil –ex apartado 2 del mismo artículo–, en cuyo caso los tribunales podrán estimar el importe. Este importe debe ser calculado de tal forma que reponga al damnificado, en el caso es el sistema de sanidad, en la posición previa al ilícito, es decir, antes de que, por la difusión de las informaciones, el Lucentis se prescribiera allí donde se usaba el Avastin.La Comisión Europea, en su Guía Práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE[38], propone, entre otros, el uso de comparaciones diacrónicas en el mismo mercado, que consisten en "comparar la situación real durante el periodo en el que produjo efectos la infracción con la situación en el mismo mercado antes de que la infracción se produjera o después de que hubieran cesado"[39], comparar con datos de otros mercados geográficos para estimar el escenario si la infracción no hubiera tenido lugar[40], la comparación con datos de otros mercados de productos, siempre que el mercado sea similar [41] o, finalmente, la combinación de las comparaciones diacrónicas y de mercados.[42] [43] Aunque en este caso no se aplique porque no ha habido ninguna posible repercusión del sobrecoste, si se hubiera dado, Roche y Novartis podrían esgrimirla como argumento para reducir o anular el daño causado por su actuación anticoncurrencial (arts. 78 y 79 LDC).

Aunque puede hacerse antes, ahora que están definidas las partes, la infracción y cómo cuantificar, se cierra este apartado con algunas menciones a la causalidad entre la conducta infractora y el daño causado. Si se analiza la fáctica, es decir, se aplica el But-fortest, nos encontramos con que sin la infracción de Roche y Novartis, se hubiera seguido prescribiendo el Avastin en vez del Lucentis y no se hubiera producido el sobrecoste. Ahora bien, esta es poco excluyente[44] y por eso se busca imputar objetivamente el daño al infractor a través de otros mecanismos como la causalidad próxima, definida como *"que el resultado sea consecuencia virtual y suficiente de la determinación del evento dañoso"*.[45] En este caso, las dos llevan a la misma conclusión: existiría causalidad entre la infracción y el daño. Por tanto, podría llevarse a cabo la reclamación.

Conclusiones

La sentencia del Tribunal de Justicia hace una aportación novedosa al declarar que los medicamentos pertenecen al mismo mercado si pueden servir para tratar las mismas patologías.

En lo relativo a la aplicación privada, si el caso terminara como se ha supuesto que concluiría, es posible que las dos empresas se vieran demandadas por los daños causados al sistema sanitario italiano. Además, no puede olvidarse que, aunque el análisis se ha centrado en la regulación española, esta deriva de la Directiva de Daños, por lo que la italiana no presentará grandes diferencias y podría extrapolarse, en mi opinión, lo aquí plasmado. Finalmente, este análisis revela el estado embrionario de la aplicación de la nueva acción de daños, si bien se espera que en los próximos años cambie la tendencia y se aclaren aquellos aspectos más oscuros, como sería, por ejemplo, el

[34] SSTS 688/2017, de 19 de diciembre de 2017 y 528/2013, de 4 de septiembre, entre otras.
[35] Helmut Brokelmann, La Directiva de Daños y su transposición en España, Revista General de Derecho Europeo, nº 37, Sección Comentarios de legislación, Iustel, 2015, p. 11; y Patricia Vidal y Agustín Capilla, "Artículo 74", en José Massaguer et al. (Dir.), Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia, Cizur Menor, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 5ª Ed., 2017, p. 1490.
[36] Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros, mercantil y sanitario y sobre el desplazamiento de trabajadores
[37] Circular Uría Menéndez, Aprobación de la ley que transpone la directiva de la Unión Europea sobre acciones de daños por infracciones de Derecho de la competencia, Circular de Mayo 2017, página 2; y Patricia Vidal y Agustín Capilla, "Artículo 74", en José Massaguer et al. (Dir.), Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia, Cizur Menor, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 5ª Ed., 2017, p. 1489.
[38] Comisión Europea, Practical Guide: Quantifying harm in actions for damages based on breaches of articles 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, C(2013) 3440.
[39] Comisión Europea, Practical Guide: Quantifying harm in actions for damages based on breaches of articles 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, C(2013) 3440, apartado 38 y ss.

plazo de prescripción y los métodos de cuantificación del daño.

Bibliografía

Fuentes Internacionales

Legislación Internacional

Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: sentencias y conclusiones del Abogado General.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 7 de febrero de 2013, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky contra Slovenská sporiteľňa a.s., C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014, MasterCard Inc. y otros contra Comisión Europea, C-382/12, ECLI:EU:C:2014:2201.

Conclusiones del Abogado General para el Caso F. Hoffmann-La Roche Ltd. y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-179/16, ECLI:EU:C:2017:714.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-179/16, ECLI:EU:C:2018:25.

Informes de la Comisión Europea o para esta

Comisión Europea, Commission Staff Working document accompanying the Report on Competition Policy 2016, COM (2017) 285 final, <http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2016/part2_en.pdf>.

Comisión Europea, Practical Guide: Quantifying harm in actions for damages based on breaches of articles 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, C(2013)3440, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf>.

MarjoleinWeda et al., Study on off-label use of medicinal products in the European Union", Unión Europea, 2017, <https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/documents/2017_02_28_final_study_report_on_off-label_use_.pdf>.

Informes de la OCDE

OCDE, Annual Report on competition policy developments in Italy (2014), DAF/COMP/AR(2015)56, <http://www.agcm.it/en/component/joomdoc/annual-reports/AnnualReport2014.pdf/download.html>.

Fuentes Internas

Legislación Interna

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.
Jurisprudencia del Tribunal Supremo (España).

STS, 1ª, 528/2013, de 4 de septiembre.

STS, 1ª, 337/2014, de 12 de mayo.

STS, 1ª, 688/2017, de 19 de diciembre.

Artículos y libros

Antón García, Jorge Padilla, Nadine Watson y Elena Zoido, "Valoración del daño derivado de infracciones de las normas de competencia", en Mariano José Herrador Guardia (Dir.), Responsabilidad civil y seguro: cuestiones actuales, Lefebvre El Derecho, Ed. 1ª, 2018, páginas 593 a 641.

[40] Comisión Europea, Practical Guide: Quantifying harm in actions for damages based on breaches of articles 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, C(2013) 3440, apartado 49 y ss.
[41]Comisión Europea, Practical Guide: Quantifying harm in actions for damages based on breaches of articles 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, C(2013) 3440, apartado 54 y ss.
[42] Comisión Europea, Practical Guide: Quantifying harm in actions for damages based on breaches of articles 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, C(2013) 3440, apartado 56 y ss.
[43] Para más información general sobre la cuantificación del perjuicio en cárteles y en casos de abuso de posición dominante así como de los medios para aumentar la precisión de la estimación realizada, recomiendo la lectura de Antón García, Jorge Padilla, Nadine Watson y Elena Zoido, Valoración del daño derivado de infracciones de las normas de competencia, en Mariano José Herrador Guardia (Dir.), Responsabilidad civil y seguro: cuestiones actuales, Lefebvre El Derecho, Ed. 1ª, 2018, páginas 593 a 641.
[44] Pablo Salvador Coderch y Antoni Rubí Puig, "Causalidad de hecho", en Pablo Salvador Coderch (Ed.), Derecho de Daños: análisis, aplicación e instrumentos comparados, 6ª Ed., 2017, p. 199.
[45] STS, 1ª, 337/2004, de 12 de mayo, FD 4; y Pablo Salvador Coderch y Antoni Rubí Puig, "Imputación objetiva", en Pablo Salvador Coderch (Ed.), Derecho de Daños: análisis, aplicación e instrumentos comparados, 6ª Ed., 2017, p. 216.

Circular Uría Menéndez, Aprobación de la ley que transpone la directiva de la Unión Europea sobre acciones de daños por infracciones de Derecho de la competencia, Circular de Mayo 2017.

Helmut Brokelmann, La Directiva de Daños y su transposición en España, Revista General de Derecho Europeo, nº 37, Sección Comentarios de legislación, Iustel, 2015.

Pablo Salvador Coderch y Antoni Rubí Puig, "Causalidad de hecho", en Pablo Salvador Coderch (Ed.), Derecho de Daños: análisis, aplicación e instrumentos comparados, 6ª Ed., 2017.

Pablo Salvador Coderch y Antoni Rubí Puig, "Imputación objetiva", en Pablo Salvador Coderch (Ed.), Derecho de Daños: análisis, aplicación e instrumentos comparados, 6ª Ed., 2017.

Patricia Vidal y Agustín Capilla, "Artículo 72", en José Massaguer et al. (Dir.), Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia, Cizur Menor, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 5ª Ed., 2017.

Patricia Vidal y Agustín Capilla, "Artículo 74", en José Massaguer et al. (Dir.), Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia, Cizur Menor, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 5ª Ed., 2017.

Noticias

OCU, "OCU denuncia a dos gigantes farmacéuticos: Roche y Novartis", 24.04.2014, <https://www.ocu.org/salud/derechos-paciente/noticias/ocu-denuncia-ante-cnmc>, consultado el 5 de marzo de 2018.

OCU, "Caso Avastin: seguimos sin saber por qué se usa el medicamento más caro", 24.04.2015, <https://www.ocu.org/salud/medicamentos/noticias/avastin-lucentis-respuesta-cnmc>, consultado el 5 de marzo de 2018.

EL REFUERZO DEL PAPEL DEL TJUE EN MATERIA PESC

Victoria Rivas Santiago | Universidad de Salamanca

RESUMEN: La reforma de Lisboa introdujo una serie de novedades en el marco jurídico de la PESC, que sin perder su carácter intergubernamental, la han acercado considerablemente al resto de políticas con proyección exterior.

Sobre esta base, el presente trabajo pretende determinar cuál es el verdadero alcance de las competencias del Tribunal en materia PESC.

Para ello se abordará, en primer lugar, la reformulación que se ha hecho de su competencia jurisdiccional, reforzando su papel en este ámbito. Y, en segundo lugar, la reinterpretación del alcance de estas competencias que ha hecho el Tribunal, en su reciente jurisprudencia, con el objetivo de salvaguardar los principios de la Unión y los derechos fundamentales de los individuos.

Palabras Clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea - control jurisdiccional - Política Exterior de Seguridad Común - Tratado de Lisboa - Art. 24.1 TUE y art. 275 TFUE.

ABSTRACT: The Lisbon reform introduced a series of changes in the juridical framework of CFSP that maintaining its intergovernmental character, have brought it much closer to the rest of external policies.

In this perspective, this paper tries to determine the true reach of the Court´s competences in CFSP.

In order to do, firstly the reformulation of its jurisdictional competence will be addressed, which has strengthened its role in this area. And secondly, I will examine the Court's reinterpretation of the scope of its competence, in its recent case-law, with the aim of safeguarding in the principle of the Union and the fundamental rights of individuals.

Key Words: Court of Justice of the European Union - judicial control - Common Foreign and Security Policy - Treaty of Lisbon- Art. 24.1 TEU and art. 275 TFEU.

Lista de abreviaturas

AED	Agencia Europea de Defensa
AG	Abogado General
AUE	Acta Única Europea
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Comunidad Europea
CPE	Cooperación Política Europea
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
EUPM	European Union Policy Mision
PE	Parlamento Europeo
PCSD	Política Común de Seguridad y Defensa
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
SEAE	Servicio Europeo de Acción Exterior
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TL	Tratado de Lisboa
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

Recepción: 3.1.2018

Aceptación: 12.04.2018

1. Introducción

En su última reunión en el castillo de Elmau, en los Alpes bávaros, los dirigentes del G7 acordaron un mantenimiento, e incluso amenazaron con un endurecimiento, de las sanciones a Rusia por su papel en el conflicto ucraniano y el incumplimiento de los acuerdos de Minsk, que prevén un alto el fuego en Ucrania y el respeto a su soberanía e integridad territorial. Por este mismo motivo, el Consejo de la Unión adoptó también una serie de sanciones económicas a Rusia, que se mantienen a día de hoy, a pesar de las reservas de algunos Estados por el impacto que las medidas que ha tomado Moscú, como represalia, han tenido en sus economías.

Pero estas desavenencias no han sido las únicas que han causado dichas sanciones. Así, una de las petroleras afectada por ellas interpuso un recurso ante la High Court of Justice de Inglaterra y Gales solicitando la nulidad de las medidas restrictivas y la suspensión de su ejecución por los Estados miembros. Ante sus dudas para resolverlo, la High Court planteó una serie de cuestiones prejudiciales sobre las que se ha pronunciado recientemente el Tribunal, sentando jurisprudencia sobre dos cuestiones fundamentales, que expondré más detalladamente en el último apartado de este trabajo, pero que me gustaría adelantar. En primer lugar, se ha declarado competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez de los actos del Consejo que hayan sido adoptados sobre la base de normativa de política exterior. Y en segundo lugar ha establecido que los principios de seguridad jurídica y nulla poena sine lege certa deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que los Estados impongan sanciones penales, aun antes de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) haya aclarado el alcance de dichas disposiciones y por tanto de las sanciones penales correspondientes.

Estas cuestiones, tan de actualidad, son clave para el objetivo de este trabajo que no es otro que esclarecer la delimitación del alcance de la competencia del TJUE en el ámbito de la Política Exterior de Seguridad Común (PESC), tras su reformulación en el Tratado de Lisboa (TL) y las recientes interpretaciones en su jurisprudencia.

La antecesora de esta política la Cooperación Política Europea (CPE), creada en los años 70 como un foro de cooperación en materia de acción exterior, ajeno a los Tratados. Formalizada jurídicamente en el art. 30 del Acta Única Europa (AUE), es sustituida por la PESC con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE) que regula sus rasgos esenciales en su

Título V, integrándola formal, orgánico, y materialmente en la estructura comunitaria[1]. No obstante, se concibió como el pilar intergubernamental de la Unión Europea (UE) dedicado a todas aquellas materias que, en el ámbito de la esfera internacional, los Estados miembros, puestos de acuerdo en el Consejo Europeo y en el Consejo de la UE, se deciden a gestionar en común, siempre en el respeto de las competencias que corresponden a la Comunidad Europea (CE) de conformidad con el Tratado de la Comunidad Europea (TCE).[2]

(CE) de conformidad con el Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

Esta naturaleza intergubernamental con la que fue diseñada la PESC, justifica la especial articulación jurídica que ha recibido en los Tratados, y que, en términos generales, se mantiene en la reforma de Lisboa, ya que en virtud del Título V TUE, sigue estando sometida a normas particulares y procedimientos específicos. Así, entre otras cosas, la propia naturaleza de las materias que se tratan en su seno provoca la exclusión de los actos legislativos, se regula un procedimiento especial para la toma de decisiones, basado en la unanimidad, y se excluye con carácter general la competencia de control del TJUE y también, parcialmente, la del Tribunal de Cuentas.[3]

Sin embargo, lo cierto es que este Tratado introdujo una serie de novedades en el marco jurídico de la PESC, que, sin llegar a lo propuesto en el fallido Tratado constitucional de comunitarizar toda la acción exterior de la Unión, han sentado las bases para un paulatino acercamiento entre esta política y el resto de políticas con proyección exterior.

Precisamente, comenzaré este trabajo analizando esas disposiciones que mediante una serie de referencias cruzadas permiten hablar de cierta integración de la PESC. Y posteriormente, en el segundo apartado, me centraré en analizar aquellas disposiciones que han roto con su tradicional inmunidad jurisdiccional.[4]

Esta afirmación, defendida por parte de la doctrina, se basa en los artículos 24 TUE y 275 TFUE que otorgan competencia al Tribunal para controlar la delimitación entre las competencias de la Unión y la PESC y para

[1] Sobre la comparación entre la interpretación unitaria y separatista de la PESC, vid., Ulrich Everling, ´´Reflections on the Structure of the European Union´´, 29 Common Market Law Review, 1992, pp. 1053-1077. Sobre la interpretación holística del Tribunal de Justicia de las disposiciones «no comunitarias» antes de la adopción del Tratado de Lisboa, vid., la Sentencia de 27 de febrero de 2007, Segi y otros contra Consejo, C-355/04, EU: C: 2007:116.

[2] Jaume Ferrer Lloret, ´´El Control Judicial de la Política Exterior de la Unión Europea´´, en Universidad del País Vasco (Ed.), Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz de 2010 (2011) p. 100.

[3] Diego J. Liñán Nogueras, ´´La Acción Exterior de la Unión: la Política Exterior y de Seguridad Común´´, en Araceli Mangas Martín (Ed.), Instituciones y derecho de la Unión Europea, (Tecnos, 2016) p. 568.

[4] Cristophe Hillion, ´´A powerless court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy´´, en Marise Cremona y Anne Thies (Ed.), The European Court of Justice and External Relations Law (Hart Publishing, 2014) p. 48.

pronunciarse sobre los recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas contra los actos del Consejo que establezcan medidas restrictivas contra ellos. Asimismo, el Tribunal es competente para controlar la compatibilidad de cualquier acuerdo internacional con los Tratados, y el respeto a los principios constitucionales, que como veremos a lo largo de este trabajo, han cobrado una gran importancia en su reciente jurisprudencia.

Finalmente, debido a la transcendencia que han tenido en este marco y las aportaciones que hacen al objeto de este trabajo, analizaré dos de las últimas sentencias del Tribunal, en las que hace una novedosa reinterpretación de sus competencias. Y ello, a través de una jurisprudencia basada en la defensa del Estado de derecho y de los derechos fundamentales de los individuos, que deben verse garantizados, con independencia del ámbito en el que actúe la Unión.

2. La Configuración de la PESC tras Lisboa

La PESC es la política que dirige sus objetivos fuera de la Unión, siendo muy importante su consolidación para reforzar la identidad europea en las relaciones internacionales. Por ello, aunque se considera una política basada en la cooperación intergubernamental, la realidad actual cuestiona más que nunca que dependa de los intereses individuales de los Estados y no se desarrolle una política exterior con un carácter verdaderamente común que aborde problemas y persiga objetivos, distintos a los estatales.[5]

Por ello, y tras un análisis de las disposiciones de los Tratados, como el que realizaré a continuación, puede decirse que la reforma de Lisboa, aun manteniendo el carácter intergubernamental de la PESC, está orientada a una progresiva integración de ésta en el régimen de las relaciones exteriores.

2.1 La Naturaleza de la PESC

El art. 24 TUE, mantiene el carácter intergubernamental de la PESC cuando dice que ésta será definida y aplicada por el Consejo y el Consejo Europeo y se regirá por reglas y procedimientos específicos[6]. Así, parece entendible que las bases legales para adoptar las decisiones PESC estén redactadas en un capítulo propio dentro del Título V TUE referido a la acción exterior de la Unión.

Sin embargo, como defiende la corriente doctrinal integracionista, la intención no parece ser otra que sus disposiciones sean leídas en relación con las generales del capítulo I[7], que sirven también de claro vínculo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en lo que a la regulación de la acción exterior se refiere.[8]

Asimismo, la propia definición de la PESC, no se entiende sin el TFUE que menciona muchas áreas en las que la UE tiene competencias externas, y que convierte a la política exterior de la Unión en todo aquello que no esté cubierto por otras competencias.

Todas estas referencias cruzadas, facilitan la integración en el ámbito de las relaciones internacionales y permiten que se avance hacia una acción exterior más dinámica, compensando el trato especialmente diferenciado que se da a la PESC en los Tratados. Además, como veremos a continuación, tras la entrada en vigor del TL cada vez se hace más insostenible que la inaplicabilidad del procedimiento legislativo implique que los actos de la PESC no son vinculantes para los Estados; y que la Corte no tenga competencias en materia PESC.

2.2 La PESC como Lex Imperfecta

Como señalaba en el apartado anterior, el TUE prohíbe, en el apartado 1 de su art. 24 y en el apartado 1 de su art. 31, adoptar actos legislativos en el ámbito de la PESC, lo que implica que la Unión, en este ámbito, no puede promulgar normas generales y abstractas de las que nazcan derechos y obligaciones para las personas. Y precisamente, bajo este paraguas, y la naturaleza sui generis del segundo pilar[9], en el que se incluyó la PESC, hasta la entrada en vigor del TL, ésta se ha concebido como una *lex imperfecta*[10], entendida desde el derecho romano como aquella ley que impone una obligación o prohíbe un comportamiento pero no prevé sanción alguna en caso de infracción.

Y es que tal y como se desprende de los Tratados, la Unión está capacitada para adoptar, en el ámbito de la PESC, actos jurídicamente vinculantes, tanto para sus instituciones como para sus Estados miembros. Pero, no se prevé en los Tratados ningún procedimiento judicial de ejecución, ni de sanciones en caso de incumplimiento. Y los recursos que pueden interponer las personas en caso de que se violen sus derechos son muy limitados.

---

[5] Stephan Keukeleire y Tom Delreux, The Foreign Policy of the European Union (Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2014) pp. 18-19.
[6] Wolfgang Wessels y Franziska Boop., ´´The Institutional Architecture of CFSP after the Lisbon Treaty: Constitutional breakthrough or challenges ahead?, CEPS Challenge Paper (nº 10, 2008) pp. 5-23.
[7] Ramses A. Wessel, ´´Lex Imperfecta: Law and Integration in European Foreign and Security Policy´´, European Papers (nº 2, 2016) p. 448.
[8] Literalmente el art. 205 TFUE establece que ´´ La acción de la Unión en la escena internacional, en virtud de la presente parte, se basará en los principios, perseguirá los objetivos y se realizará de conformidad con las disposiciones generales contempladas en el Capítulo I del Título V del TUE´´.
[9] Creado en el Tratado de Maastricht, englobando elementos de derecho comunitario y del derecho internacional público.- Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión, C-402/05 P, EU:C:2008:46, apartado 202.
[10] Wessel, European Papers, pp. 439-468.

Dicho esto, a la luz de los Tratados, puede afirmarse que no existe procedimiento alguno para controlar que las acciones u omisiones de las instituciones cumplan con las disposiciones de los Tratados en materia PESC. Sin embargo, para el control de las acciones u omisiones por parte de un Estado miembro, se han entendido aplicables[11], los procedimientos del art. 7 TUE, previstos para violaciones graves de los valores de la Unión.

En cuanto a los procedimientos por incumplimiento, si bien no cabe aplicar los procedimientos de los artículos 258 a 260 TFUE por incumplimientos de carácter leve de las normas en materia de PESC, sí cabría aplicarlos ante violaciones continuadas y sistemáticas que supongan el incumplimiento de disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión o del principio de cooperación leal[12]. Y es que este principio, como el resto de principios constitucionales, genera obligaciones por sí mismo y es exigible, ante el TJUE, por el incumplimiento de éstas tanto por parte de un Estado miembro como de una Institución, cuando ponen en peligro los objetivos de la Unión en materia de acción exterior.

En este sentido, el principio de tutela judicial efectiva, principio general del derecho de la Unión, se consagra en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que garantiza que las personas que vean violados sus derechos puedan gozar de protección. Para su salvaguarda y, como deriva del principio de atribución, los órganos jurisdiccionales nacionales han de seguir siendo competentes cuando los autores de los Tratados no atribuyan competencia al TJUE, obligando, el art. 19 TUE, a que los Estados miembros establezcan las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión.

Por tanto, en el ámbito de la PESC, que como veremos a continuación está excluido con carácter general de las competencias de control del TJUE, son los Estados miembros, en sus ordenamientos jurídicos internos, los que deben designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar el principio de tutela judicial efectiva, y con ello, los derechos de los individuos. Y respetando, en todo momento, los principios de equivalencia y efectividad. [13]

Sin embargo, las competencias atribuidas a los órganos jurisdiccionales cuando el TJUE carece de competencia con arreglo a los Tratados son necesariamente limitadas. Y es que como estableció el Tribunal en la sentencia Foto-Frost[14] los órganos jurisdiccionales nacionales pueden examinar la validez de un acto de la Unión, y en caso de que se cumplan los requisitos establecidos en la jurisprudencia Zuckerfabrik[15], podrán suspender su aplicación en relación con el demandante, e incluso concederle una indemnización, pero no podrán declarar su invalidez.

Para finalizar, me gustaría recalcar, que no cabe encomendar el cuidado de la PESC a ningún otro órgano judicial. Ni tampoco, como ha recogido el Tribunal, en numerosa jurisprudencia, cabe la aplicación de ninguna forma de represalia ni la imposición de cualesquiera otras sanciones por parte de un Estado *´´para prevenirse de un posible incumplimiento de las normas del Tratado por parte de otro Estado miembro´´*[16] o *´´para prevenirse contra un posible incumplimiento por parte de una Institución, de las normas del derecho de la Unión.´´*[17] Y ello, a pesar de las limitadas competencias de control que se atribuyen a los órganos jurisdiccionales nacionales y al TJUE, que como veremos en el último apartado, se ha visto obligado a intentarlo, a través de su jurisprudencia y por las vías que le han dejado abiertas los Tratados, con el fin de salvaguardar los derechos de los particulares en este ámbito de actuación de la Unión.

3. La Reformulación de las Competencias del Tribunal en el Tratado de Lisboa

Hechas estas consideraciones, no hay duda de que el origen intergubernamental de la PESC, y el rechazo de los Estados a perder el control de un ámbito que tradicionalmente ha permanecido bajo su autoridad, provoca, como hemos visto, que reciba un tratamiento especial en los Tratados, en el que cobran especial importancia las inherentes limitaciones al sistema de control judicial[18]. Con la finalidad de *´´blindar la naturaleza específica de la PESC en un nuevo contexto en el que, sin ellas, podría correr el riesgo de terminar quedando asimilada al resto de competencias, no ya comunitarias, sino de la UE en cuento tal´´. Y ´´conscientes de ello, los Estados miembros han aprovechado para multiplicar las cautelas, yendo incluso más allá de lo que cabría considerar necesario y razonable en esta tesitura.´´*[19]

Pero, lo cierto es que los redactores de los Tratados decidieron no atribuir al TJUE una competencia general y absoluta de su control, excluyendo, con carácter general, de su ámbito jurisdiccional el ámbito PESC.

[11] Conclusiones del AG Wahl presentadas el 7 de abril de 2016, H. c. Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, C-455/14 P, EU:C:2016:212, apartado 39.
[12] Hillion, The European Court of Justice and External Relations Law, p.49.
[13] Sentencia de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-78/98, EU:C:2000:247.
[14] Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C- 314/85, EU:C:1987:452, apartados 15-20.
[15] Sentencia de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik Süderdisthmarschen AG, C-134/88 y C-92/89, apartado 28. Información no disponible.
[16] Sentencia de 25 de septiembre de 1979, Comisión c. Francia, C-232/78, EU:C:1979:215, apartado 9.
[17] Sentencia de 12 de febrero de 2009, Comisión c. Grecia, C-45/07, EU:C:2009:81, apartado 26.
[18] Dictamen 2/13 (Pleno) de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apartados 252-253.
[19] Luis Norberto González Alonso, ´´ Desarrollo y Seguridad en la Jurisprudencia del TJCE. Los Límites al Discurso de la Coherencia en la Acción Exterior de la Unión Europea´´, Revista de Derecho Comunitario Europeo, (Madrid, 2009) pp. 867-894.

Y éste, como el resto de Instituciones de la Unión, debe cumplir con el principio de atribución de competencias y, como reza el párrafo segundo del art. 13, *´´ actuar dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos´´.*

Sin embargo, como apuntábamos en el apartado anterior, el TL ha supuesto un acercamiento de la PESC al resto de políticas de la Unión, incorporándola más que nunca al régimen comunitario. Y una clara muestra de ello, es el reforzado papel que se ha asignado al Tribunal en esta materia. Los Estados miembros han tenido que aceptar que una mayor integración, que aumente la credibilidad de sus compromisos internacionales para hacer frente a los problemas actuales, exige una creciente autoridad de la Corte[20]. En este contexto, aunque no es cuestionable, como establecen los artículos 24 TUE y 275 TFUE, que determinados actos adoptados en el marco de la PESC quedan fuera del control jurisdiccional del Tribunal, tampoco lo es que el TL ha modificado su competencia[21], invirtiendo la regla general, establecida en el antiguo art. 46 TUE, por la que se excluía el control del Tribunal salvo que se previera explícitamente.[22]

Por tanto, tras Lisboa, el Tribunal tiene la competencia general de controlar y garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, [23] salvo en los actos y disposiciones de la PESC, ya que aunque ha pasado a ser una de las competencias de la UE, se la excluye del régimen jurídico general establecido para el resto de la acción exterior, y se le aplica un régimen jurídico particular basado en la cooperación intergubernamental.[24] Y sólo en este marco, puede entenderse la cláusula carve-out, que excluye la competencia general del Tribunal para controlar la correcta interpretación y aplicación de los Tratados y que como toda excepción debe ser interpretada restrictivamente.[25]

Así, a primera vista, y en palabras del propio Tribunal el apartado primero del art. 24 y el párrafo primero del art. 275 nos indican que *´´en el estado actual del derecho de la Unión, determinados actos adoptados en el marco de la PESC escapan a su control jurisdiccional.´´* [26] Y aunque habiendo tenido oportunidad para pronunciarse cuáles son estos actos, ha decidido no hacerlo y considerar que *´´aún no había tenido ocasión de precisar el alcance de las limitaciones de su competencia resultantes, en materia PESC´´.*

Y aunque no ha precisado de qué actos se trata, parece estar claro que los redactores de los Tratados pretendían que la cláusula carve-out alcanzara las exclusivamente a los artículos 23 a 46 TUE y los actos de la Unión adoptados sobre la base de estos.[27]

Pero, cuando un acto PESC sobrepasa los límites por los cuales se les concede inmunidad jurisdiccional, es decir, se excede de reflejar una decisión política, se aplica la cláusula claw-back, regulada en el párrafo segundo del apartado primero del art. 24 TUE y en el párrafo segundo del art, 275 TFUE. Y, en virtud de ella, el Tribunal será competente para controlar la legalidad de las decisiones PESC que prevean medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas y el respeto del art. 40 TUE, que exige la no afectación mutua entre la PESC y los restantes ámbitos de acción de la Unión.

Sobre esta base, puede decirse que el TL ha introducido una serie de cambios en el ámbito de la PESC, que analizaré más pormenorizadamente a continuación y que modifican la competencia jurisdiccional del Tribunal en este ámbito. Así, en primer lugar, se le ha reconocido competencia para controlar determinados actos PESC. En segundo lugar, se le ha encomendado la misión de delimitar las fronteras entre la PESC y el resto de políticas con competencias externas. Y, en tercer lugar, se ha generalizado su capacidad para hacer cumplir a las instituciones con los principios constitucionales, para lograr los objetivos de la Unión.

3.1 El Control Judicial de los Actos PESC

La reforma de Lisboa supuso el reconocimiento expreso de la competencia del Tribunal para controlar la legalidad de determinados actos PESC, fuera de la ya reconocida competencia para resolver los conflictos que pudieran surgir en el ámbito del antiguo art. 47 TUE, predecesor del actual art. 40 TUE. Y es que, la competencia para controlar la legalidad de las medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, estaba reconocida en la jurisprudencia del Tribunal sobre éstas, según la cual podía *´´someterse a su control [...] una posición común que, por su contenido, tiene un alcance que excede el que atribuye el Tratado UE a este tipo de actos.´´*[28]

En este contexto, el control judicial de las medidas restrictivas contra personas físicas y jurídicas fue de-

[20] SSTJUE de 25 de octubre de 2001, AmbulanzGlöckner (C-475/99), apartado 33, y de 28 de febrero de 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (C-1/12), apartado 77, en Conclusiones AG, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2017), apartado 30.[21]
[21]Conclusiones AG, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2017), apartado 72.
[22] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014, MasterCard Inc. y otros contra Comisión Europea, C-382/12, ECLI:EU:C:2014:2201.
[23] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 7 de febrero de 2013, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky contra Slovenská sporiteľňa a.s., C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71.
[24]STJUE, C-68/12, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky contra Slovenská sporiteľňa a.s. (2013), apartado 20; pronunciamientos similares: "no a tomarse la justicia por su mano, usurpando la función de las autoridades competentes a la hora de sancionar eventuales infracciones" en nota 112 de Conclusiones AG, C-179/16, Hoffmann-La Roche Ltd. y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2017).
[25]STJUE, C-68/12, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky contra Slovenská sporiteľňa a.s. (2013), apartado 21.
[26] OCU, "OCU denuncia a dos gigantes farmacéuticos: Roche y Novartis", 24.04.2014, <https://www.ocu.org/salud/derechos-paciente/noticias/ocu-denuncia-ante-cnmc>, consultado el 5 de marzo de 2018.
[27]OCU, "Caso Avastin: seguimos sin saber por qué se usa el medicamento más caro", 24.04.2015,<https://www.ocu.org/salud/medicamentos/noticias/avastin-lucentis-respuesta-cnmc>, consultado el 5 de marzo de 2018.

batido con anterioridad a Lisboa, en la Convención sobre el Futuro de Europa, al igual que en relación a los acuerdos internacionales en el ámbito de la PESC. Sin embargo, como analizaremos a continuación, mientras que el primero sí se ha reconocido en el derecho originario, concretamente en el art. 275 TFUE, no lo fue el segundo, lo que no quiere decir que no se haya reconocido vía jurisprudencia.

3.1.1 Las Medidas Restrictivas

En base al artículo 24 TUE, el Tribunal, además de la competencia para controlar las medidas restrictivas adoptadas en el marco del régimen general de la Unión, aplicando decisiones adoptadas en el ámbito de la PESC[29], tiene competencia para controlar el recurso que interponga cualquier persona física o jurídica contra aquellas medidas restrictivas, que adoptadas en el ámbito de la PESC, afecten a los derechos que le son reconocidos en el ordenamiento de la Unión, incluida la CDFUE. Esto supone un avance en lo que se refiere al reconocimiento del Estado de Derecho, consagrado como un valor fundamental de la Unión, que pasa a aplicarse en todo el ordenamiento de la Unión, incluido la PESC[30]. Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, este derecho se encuentra bastante limitado.

Por una parte, la interpretación que hace el Tribunal del propio concepto es bastante limitada[31]. Y, por otra parte, en cuanto al tipo de procedimiento de impugnación, un análisis detallado del art. 275, como el que realiza el Tribunal en su abundante jurisprudencia, nos demuestra que éste no sólo se refiere al recurso de anulación.

Y es que, el derecho a la tutela judicial efectiva exige un sistema de recursos y de procedimientos que permitan acudir tanto al TJUE como a los órganos jurisdiccionales nacionales, que como no tienen jurisdicción para declarar la invalidez de una medida podrán dirigir al primero una cuestión prejudicial sobre su validez. En este contexto una limitación al recurso de anulación choca claramente con la exigencia de un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos.[32]

Y además, conlleva una discriminación en materia de protección judicial entre las personas sujetas a medidas restrictivas de carácter económico, que sobre la base del art. 215 TFUE, podrían utilizar todos los recursos disponibles para su impugnación; y las personas sujetas a otro tipo de medidas que, a pesar de tener probablemente un carácter más lesivo con las libertades individuales, sólo podrían impugnarlas mediante el recurso de anulación.[33]

Por tanto, aunque está claro que el párrafo segundo del art. 275 TFUE exige que se cumplan las condiciones del apartado cuatro del art. 263 TFUE, éste debe interpretarse a la luz del derecho fundamental consagrado en el art. 47 CDFUE que exige que los recursos sean efectivos. Y, en este sentido, se podrían admitir un nivel de exigencia menor con las condiciones locus standi, permitiéndose, por ejemplo, que el recurrente sólo tenga que demostrar una afectación directa, y no individual.[34]

3.1.2 Los acuerdos internacionales

Antes de Lisboa, la competencia y el procedimiento para celebrar los acuerdos internacionales en el ámbito de la PESC se regulaban en el marco del segundo pilar, por lo que con carácter general estaban excluidos de la jurisdicción del Tribunal. Tras Lisboa, si bien la cláusula claw-back, se refiere a la competencia del Tribunal para controlar los acuerdos internacionales en materia PESC, lo cierto es que el art. 218 TFUE regula un único procedimiento para la celebración de acuerdos internacionales [35]. De hecho, su apartado 11 viene a someter, con carácter general, bajo la jurisdicción del Tribunal, cualquier acuerdo internacional.

Dicho esto, y a la vista del art. 275 TFUE surge el interrogante de si el Tribunal es competente para examinar la compatibilidad entre los Tratados y los acuerdos internacionales basados en disposiciones PESC. Partiendo de la exclusión que se hace en esta materia de la competencia general del Tribunal para garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, podríamos concluir que éste tiene competencia para examinar un acuerdo internacional basado en disposiciones PESC, con el objetivo de identificar su contenido no PESC, ya que sólo de éste puede examinar su compatibilidad con los Tratados.

Sin embargo, lo cierto es que esta interpretación tan restrictiva condiciona la eficacia del mandato dado al Tribunal para emitir dictámenes, cuando así se lo soliciten, sobre la compatibilidad de cualquier acuer-

[28] Sentencia de 27 de febrero de 2007, Gestora Pro Amnistía y otros c. Consejo, C-354/04, EU:C:2007:115, apartado 54.
[29] Ricardo Alonso García, ´´ Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea´´, Working Papers on European Law and Regional Integration (nº 1, Madrid, 2010) p. 11.
[30] Piet Eeckhout, EU External Relations Law (Oxford University Press, Oxford, 2011) p. 498.
[31] Sentencia de 12 de diciembre de 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d´Iran c. Consejo, T-288/02, EU:T:2003:204, apartado 9 y Sentencia de 13 de septiembre de 2013, Eyd Makhlouf c. Consejo de la Unión Europea y Comisión,T-383/11, EU:T:2013:431, apartado 80 y Sentencia de 30 de julio de 1996, Bosphorus, C-84/95, EU:C:1996:312.
[32] Sentencia de 14 de junio de 2012, Compagnie internationales pour la vente à distance, C-533/10, EU:C:2012:347, apartados 32-33.
[33] Hillion, The European Court of Justice and External Relations Law, p. 54.
[34] Maja, Brkan, ´´The role of the European Court of Justice in the Field of Common Foreign and Security Policy after the Treaty of Lisbon: New Challenges for the Future´´, en Paul James Cardwell (Ed.), ´´EU External Relations Law and Policy in the post-Lisbon era´´ (The Hage, TMC Asser Press, 2012) p.97.
[35] Geert de Baere, Constitutional Principles of EU External Relations (Oxford University Press, Oxford, 2008) p.190.

do con los Tratados. Y es que, con esta redacción, el art. 218.11 TFUE no parece excluir aquellos que se relacionen exclusiva o principalmente con la PESC, ya que como ha recordado el Tribunal en su jurisprudencia, el TL ha previsto, en este artículo, un procedimiento único y de alcance general para la negociación y celebración de acuerdos internacionales, con el objetivo de dar respuesta a las exigencias de claridad y coherencia, siendo su celebración competencia de la Unión, en todos sus ámbitos de acción[36]. Incluso en la PESC, ya que al final todos los acuerdos internacionales son acuerdos para los que la UE es formalmente responsable.

Por tanto, no cabe sostener que la cláusula carve-out, que además como toda excepción debe interpretarse restrictivamente, excluya la competencia del Tribunal para interpretar y aplicar el art. 218 TFUE, que no guarda relación con la PESC, aunque prevea el procedimiento mediante el cual se adopta un acto en esta materia[37]. Y, como se recogía en el Informe para la Convención sobre el futuro de Europa[38], el control judicial debe entenderse respecto de todos los acuerdos de la Unión, porque en todos ellos deben estar garantizadas las exigencias procedimentales establecidas en el TFUE. Incluido el respeto a la función del Parlamento Europeo (PE) que es puramente pasiva, pero, como ha dejado claro el Tribunal en el asunto Mauricio[39], su incumplimiento provoca la nulidad del acto por el cual se celebra el acuerdo. Y es que como señaló posteriormente la Abogada General (AG) Kokott[40], en sus conclusiones sobre el asunto Tanzania, alejándose de las conclusiones del AG Bot[41] en el asunto Mauricio, el derecho de información que posee el PE, en todas las fases del procedimiento, es un elemento de control democrático, que constituye algo más que un corolario del poder de consentimiento.[42]

3.2 La Delimitación entre la PESC y el resto de Políticas

Como ya he señalado, la cláusula claw-back otorga competencia al Tribunal para controlar el respeto del art. 40 TUE, que regula la ´´*obligación de la no asignación*´´, a través del recurso de anulación[43], de la excepción de ilegalidad[44] y de la cuestión prejudicial. [45] Asimismo, como adelantaba al final del apartado anterior, el Tribunal puede también controlar la compatibilidad de un Acuerdo con el art. 40.[46]

El antiguo art. 47 TCE sólo pretendía evitar interferencias de la PESC en el ejercicio de las competencias que son propias de la Unión, por atribución de los Tratados. Sin embargo, el TL, que mantiene esta obligación en el apartado primero del art. 40 TUE al señalar que la ejecución de la PESC no afectará a la aplicación de los artículos 3 a 6 TFUE; añade un segundo párrafo que hace que la obligación opere en los dos sentidos, y sirva, también, para proteger a la PESC de una intromisión del resto de políticas.

Aunque la verdad es que antes de la entrada en vigor del TL, la jurisprudencia del Tribunal ya se había referido a la necesaria integridad de la PESC, su protección pasaba exclusivamente por mantener intactas las competencias atribuidas a la Comunidad por las disposiciones del Tratado.[49]

Y para ello, sobre su tradicional enfoque del centro de gravedad[50], basado en el análisis de los objetivos de la medida, ha determinado si la Unión era competente o no para adoptarla.

Sin embargo, tras la entrada en vigor del TL la labor del Tribunal se ha vuelto más complicada, ya que los objetivos de la acción exterior se han unificado en el art. 21.2 TUE. Por ello, la doctrina ha propuesto que se tenga en cuenta también la naturaleza del acto que es objeto de examen, así como las facultades que poseen las instituciones que intervienen en su adopción[51]. O que la PESC sea concebida como la lex generalis y el resto de políticas con proyección exterior como lex specialis. Esta solución, encuentra su apoyo en la propia letra de los Tratados, atribuyéndole el art. 24 TUE ese carácter general cuando dice que forma-

[36] Sentencia de 24 de junio de 2014, Parlamento c. Consejo, Mauricio, C-658/11, EU:C:2014:2025, apartado 52.
[37] Ibid, apartado 73.
[38] ´Informe Complementario sobre la cuestión del control judicial de la política exterior y de seguridad común´´ de 16 de abril de 2016 (CONV 689/1/03 REV 1, CERCLE 1 16)
[39]En este asunto el Parlamento plantea un al TJUE recurso de anulación contra la Decisión del Consejo 2011/640/PESC sobre la conclusión del Acuerdo entre la UE y la República de Mauricio sobre las condiciones de entrega y enjuiciamiento de los individuos arrestados en el marco de la Operación Atalanta. Y es que según el PE, el Acuerdo no era válido ya que se había concluido exclusivamente sobre la base del art. 37 TUE, a pesar de estar relacionado con otras políticas y no sólo con la PESC; y se había adoptado sin respetar la obligación de información que se establece en el art. 218.10 TFUE. En su sentencia, el Tribunal defendió la base jurídica elegida por el Consejo, en base a su doctrina del centro de gravedad, pero consideró que el Consejo había infringido el derecho del PE a ser informado en todas las etapas de la negociación y conclusión del acuerdo y anuló el acto atacado.
[40]Conclusiones de la AG Kokott presentadas el 28 de octubre de 1015, Parlamento Europeo c. Consejo (Tanzania), C-263/14, EU:C:2015:729, apartado 87.
[41] Conclusiones del AG Bot, presentadas el 30 de enero de 2014, Parlamento Europeo c. Consejo (Mauricio), C-658/11, EU:C:2014:41, apartados 142-144.- el derecho de información debe ser distinto en función del tipo de acuerdo.
[42] A este respecto resulta muy interesante la reflexión que se realiza en Anne Van der Mei, ´´Case Note: Eu External Relations and Internal Inter-Institutional Conflicts: The battlefield of Article 218 TFEU´´, Maastricht Journal of European and Comparative Law (2016) p. 1067.- sobre la posición incierta que, en su opinión, parece tener la Corte sobre el requisito de información, no estando del todo claro con cuál de los dos abogados generales está más de acuerdo.
[43] Sentencia de 12 de mayo de 1998, Comisión c. Consejo, C-170/96, EU:C:1998:219, apartado 16.
[44] Sentencia de 20 de mayo de 2008, Comisión c. Consejo, C-91/05, EU:C:2008:288, apartado 34.
[45] Christophe Hillion y Ramses A. Wessel, ´´ Competence Distribution in EU External Relations After ECOWAS: Clarification or Continued Fuzzines?, 46 Common Market Law Review (2009) p.551.
[46] Dictamen 2/00 de 6 de diciembre de 2001, Protocolo de Cartagena, EU:C:2001:664, apartado 3.

rán parte de la PESC todos los ámbitos de la política exterior incluida la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD). Sin embargo, hay que excluir de ella todas las políticas con proyección exterior, reguladas en el TFUE, que además de los objetivos generales de la acción exterior poseen sus propios objetivos[52]. Esto dificulta mucho la labor del Tribunal a la hora de garantizar el cumplimiento del art. 40 TUE, haciéndose más que necesaria una interpretación del enfoque que debe dársele.

Consciente de ello, en el asunto Parlamento c. Consejo[53], el Tribunal, sin referirse expresamente al art. 40 TUE, da ciertas indicaciones sobre cómo debe protegerse la integridad de la PESC, realizando un exhaustivo, y original, análisis de los objetivos de la PESC en relación con los del Espacio de Libertad y Seguridad y Justicia (ELSJ). Así, una vez identificada la lucha contra el terrorismo y su financiación, como el objetivo del acto impugnado, y reconociendo que éste aparece entre los objetivos del Espacio de Libertad Seguridad y justicia (ELSJ); establece que lo verdaderamente importante es el fin último de este objetivo que no es otro que salvaguardar la paz y la seguridad internacionales, que se encuentra entre los objetivos de las disposiciones de los Tratados que se refieren a la acción exterior de la Unión[54], abarcando *´´la competencia de la Unión en materia de PESC […] todos los ámbitos de la política exterior y todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política común de defensa que podrá concluir a una defensa común.´´*[55]

Entonces, como las medidas restrictivas que recoge el art. 215.2 TFUE pueden tener el objetivo indicado, y así lo confirma art. 43.1 que viene a decir que ´´todas las misiones correspondientes al ámbito de la PCSD podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio´´, el Tribunal ha considerado que

´´el art. 215.2 TFUE, está destinado a constituir la base jurídica de medidas restrictivas, incluidas las que tienen por objeto la lucha contra el terrorismo, adoptadas por la Unión contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales, cuando la decisión de su adopción corresponde al ámbito de acción de la Unión en el marco de la PESC´´.

Además, para dejar totalmente clara su intención de proteger la integridad de la PESC, el Tribunal apunta en los últimos párrafos de su sentencia[56] que *´´no son los procedimientos los que definen la base jurídica de un acto, sino que es ésta la que determina el procedimiento que se ha de seguir para adoptarlo´´*. Por ello, aunque *´´la participación del PE en el proceso legislativo ordinario es el reflejo de un principio democrático fundamental por el que los pueblos participan en el ejercicio del poder´´*, su falta de participación activa en el procedimiento de adopción de decisiones en materia PESC obedece a *´´que los autores del TL decidieron atribuir al Parlamento, respecto de la acción de la Unión en el marco de la PESC, un papel más limitado´´* y debe respetarse. Asimismo, no puede mantenerse, como hace el PE, que la exclusión de su participación en la adopción de medidas contra los derechos individuales sea contraria al derecho de la Unión[57], ya que *´´la obligación de respetar los derechos fundamentales se dirige a todas las instituciones, órganos y organismos de la Unión, incluido el Consejo´´.*

Con esta jurisprudencia, podemos entender que el Tribunal ha decidido asumir el papel, que implícitamente parece haberle otorgado el apartado segundo del art. 40 TUE, de proteger tanto la raison d´être[58] del art. 215 como la integridad de la PESC. Y aunque la sentencia no hace referencia expresa a este artículo, como sí ha hecho el AG Bot en sus conclusiones, sienta las bases para una futura, y completa, interpretación sobre el enfoque que el juez de la Unión debe darle si quiere garantizar su protección.

3.3 El Respeto a los Principios Constitucionales

Sobre esta base, y como ha establecido el Tribunal en

[47] Sentencia de 20 de mayo de 2008, Comisión c. Consejo, C-91/05, EU:C:2008:288, apartado 77. Para una interpretación a favor de un judicial restreint en el marco de la PESC ver las conclusiones del AG Jacobs, presentadas el 6 de abril de 1995, Comisión c. República Helénica, C-120/94, EU:C:1995:109 .º
[48] Griller, ´´The Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy´´, en The Court of Justice of the European Union (Ed.), The Court of Justice and the construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, 2013, pp. 675-692.
[49] Sentencia de 12 de mayo de 1998, Comisión c. Consejo, C-170/96, EU:C:1998:219
[50] Sentencia de 24 de junio de 2014, Parlamento c. Consejo, Mauricio, C-658/11, EU:C:2014:2025, apartado 43.
[51] Eeckhout, EU External Relations Law.
[52] Sentencia de 20 de mayo de 2008, Comisión c. Consejo, C-91/05, EU:C:2008:288, apartados 108-109.
[53] Sentencia de 19 de julio de 2012, Parlamento c. Consejo, C-130/10, EU:C:2012:472.- En este asunto, el PE interpuso un recurso de anulación contra el Reglamento adoptado por el Consejo de la UE para imponer determinadas medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes. Y es que, bajo su criterio, este acto estaría enmarcado en el ámbito del ELSJ y debería adoptarse sobre la base del art. 75 TFUE y no del art. 215 TFUE. Sin embargo, el Tribunal rechazó el recurso entendiendo que el objetivo del reglamento, la lucha contra el terrorismo, tiene la finalidad última de salvaguardar la paz y seguridad internacionales, objetivos de la acción exterior, entre la que se encuentra la PESC.
[54] Sentencia de 19 de julio de 2012, Parlamento c. Consejo, C-130/10, EU:C:2012:472, apartado 61.
[55] Art. 24.1 (párrafo primero) TUE.
[56] Sentencia de 19 de julio de 2012, Parlamento c. Consejo, C-130/10, EU:C:2012:472., apartados 80-83.
[57]Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión, C-402/05 P, EU:C:2008:46, apartado 235.
[58]Hillion, The European Court of Justice and External Relations Law, p.63.
[59] Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Consejo c. Hautala, C-353/99, EU:C:2001:66, apartados 28.

su jurisprudencia[59], cabe incluso obligar judicialmente a su cumplimiento. Y es que como señalaba en el apartado anterior, el art. 51 de la CDFUE impone el deber de respetar los derechos fundamentales a todas las instituciones, órganos y organismos de la Unión, con independencia de las disposiciones sobre las que hayan basado su actuación.

La incondicionalidad de este deber obliga también a los Estados miembros a cumplir con los derechos fundamentales cuando apliquen el derecho de la Unión. Asimismo, al igual que el TJUE, *´´los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros garantizan el respeto al ordenamiento jurídico y el sistema jurisdiccional de la Unión.´´*[61] Esto implica que son los encargados de controlar el cumplimiento los derechos fundamentales, consagrados en la CDFUE, por parte de las autoridades nacionales, cuando actúen en el ámbito de la PESC. Y cuando estos no sean capaces o tengan dudas sobre su aplicación, podrán solicitar la ayuda del Tribunal, mediante una cuestión prejudicial

En este contexto, cobra especial importancia el principio de cooperación leal, siendo tal su transcendencia para el cumplimiento de los objetivos de la Unión, que según la jurisprudencia del Tribunal genera una obligación en sí mismo, para los Estados y las Instituciones[62]. Y también para las Instituciones entre sí.[63]

Y en este mismo sentido, y ya específicamente en el ámbito de la PESC, cabe exigir, ante el Tribunal, el cumplimiento del principio de coherencia[64], consagrado en el párrafo segundo del apartado tres del art. 21. Así, las Instituciones que operen en este ámbito, deberán acercar posiciones y mantener sinergias entre la PESC y el resto de políticas que conforman la acción exterior de la Unión, y entre ésta y el resto de políticas.

Por tanto, puede decirse que la cláusula carve-out no excluye la competencia del TJUE para controlar el cumplimiento de los principios constitucionales, aunque las Instituciones actúen en el ámbito de la PESC. Y es que en palabras de la Corte:
´´se debe asegurar que las instituciones no evadan cualquier revisión por los tribunales con respecto a las decisiones puramente administrativas que se toman en relación con la gestión del personal de la Misión de policía que sean claramente separables de las medidas políticas que se toman como parte de la PESC. Cuando una decisión de este tipo afecte negativamente a la persona a quien va dirigida y altere significativamente la posición jurídica de esa persona no puede ser aceptable en una UE basada en el Estado de derecho que tal decisión escape a la revisión judicial.´´[65]

No obstante, a pesar de estas garantías, queda un gran vacío legal en cuanto a los derechos de la Comisión y el PE siendo el Consejo el que debe interpretar y aplicar las disposiciones PESC lo que refuerza el carácter intergubernamental de ésta Sin embargo como veremos en el siguiente apartado el Tribunal intenta arrojar más luz a través de su jurisprudencia en este tema señalando el AG que una relación con la PESC no concede automáticamente inmunidad jurisdiccional.

4. Una Jurisprudencia Garantista

Para concluir este trabajo, y, con ello, el estudio sobre el verdadero alcance de las competencias del TJUE en el ámbito de la PESC, analizaré su reciente jurisprudencia. Concretamente, la establecida en los asuntos, H c. Consejo[66] y Rosneft[67], que siguiendo una tendencia de respeto al Estado de derecho y a los derechos fundamentales de los individuos en el ámbito de acción exterior de la Unión, han supuesto un significativo refuerzo de las competencias de la Corte en el ámbito de la PESC.

En un contexto en el que, como hemos visto, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden declarar la invalidez de un acto de la Unión y no se ha recurrido a las jurisdicciones internacionales[68], el TJUE ha adoptado, en su jurisprudencia, una tendencia a controlar judicialmente todos los ámbitos en los que se hace imprescindible la protección de los derechos y libertades fundamentales del particular, incluidas las decisiones adoptadas en el marco de la PESC.

4.1 La Importancia del Estado de Derecho

En este asunto[69], el Tribunal ha respondido a una cuestión prejudicial sobre su competencia o no para controlar la validez de una decisión adoptada por el

[60] Vid. Supra 3.2.
[61] Dictamen 1/09 (Pleno) de 8 de marzo de 2011, Creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes, EU:C:2011:123, apartado 66.
[62] Sentencia de 2 de junio de 2005, Comisión c. Luxemburgo, C-266/03, EU:C:2005:341, apartado 60.
[63] Sentencia de 14 de abril de 2015, Consejo c. Comisión, C-409/13, EU:C:2015:217.
[64] Sentencia de 14 de junio de 2016, Parlamento c. Consejo de la Unión Europea, C-263/14, EU:C:2016:435, apartado 72.
[65] Como sostiene el AG Jääskinen en sus conclusiones presentadas el 21 de mayo de 2015 en el caso C-439/13 P.- los tribunales de la UE debería ser capaz de oír los individuos sobre cuestiones presupuestarias, incluso si una particular la decisión fue tomada por una entidad establecida en virtud de la PESC.
[66] Sentencia de 19 de julio de 2016, H c. Consejo, C-455/14, EU:C:2016:569.
[67] Sentencia de 28 de marzo de 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236.
[68] Sólo existe esta decisión del Comité de Derechos Humanos en el asunto Nabil Sayadi y Patricia Vinck c. Bélgica, Comunicación de diciembre de 2008, n. 1472/2006, publicada en CCPR/C/94/D/1472/2006.
[69] El TG admitió las excepciones de inadmisibilidad planteadas por el Consejo y la Comisión, que entendían que el Tribunal no era competente para conocer del recurso por tratarse de dos decisiones que corresponden a una acción operativa adoptada y llevada a cabo en el marco de la PESC. Ante este pronunciamiento, la recurrente interpuso un recurso de casación ante el TJUE en el que alegaba que se desestimaran dichas excepciones, dado que los actos controvertidos no son actos políticos o estratégicos relativos a la PESC y la incompetencia del Tribunal General le privaría del derecho a un recurso efectivo al no poder el juez nacional ni anular tales decisiones, ni ordenar a las instituciones de la Unión el resarcimiento del perjuicio que han ocasionado.

Jefe de la Misión de Policía de la Unión Europea en Bosnia Herzegovina (EUPM) para cambiar de destino a una magistrada italiana adscrita a la misma.

Para ello, el Tribunal parte de reconocer que, según el art. 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, última frase, y el art. 275 TFUE, párrafo primero, no tiene, en principio, competencia en relación con las disposiciones referidas a la PESC o con los actos adoptados sobre la base de estas.[70] Sin embargo, inmediatamente después señala que estas disposiciones son una excepción a la competencia general del Tribunal para garantizar el respeto al derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados y, como tal, debe interpretarse restrictivamente. Además, para defender este tipo de interpretación, el Tribunal señala que la Unión se basa en el respeto al principio de igualdad y al Estado de derecho, que lleva inherente *la revisión de las decisiones de las autoridades públicas por tribunales independientes*.[71] Y para su garantía, es necesario un control judicial efectivo que exige un sistema completo de recursos y procedimientos, bien ante el TJUE, bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, que podrán examinar la legalidad de las resoluciones impugnadas y la solicitud de daños y perjuicios cuando el Tribunal no tenga competencia.[72] Y para ello debe reconocérsele la facultad de plantear cuestiones prejudiciales, incluso en el ámbito de la PESC.

Este razonamiento choca con la opinión de la AG Kokott en el Dictamen 2/13,[73] que defiende que los Tratados, concretamente el art. 24 TUE en relación con el art. 23 TUE, no prevén la jurisdicción del Tribunal para pronunciarse con carácter prejudicial en materia PESC. Y que una interpretación muy amplia de la jurisdicción de los Tribunales de la Unión no es necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los particulares en la PESC, ya que el hecho de que ni los Estados ni las Instituciones puedan escapar al control de sus actos, no significa que los Tribunales sean competentes en todos y cada uno de los casos.

Esta afirmación tan contundente, como críptica, no parece convencer al Tribunal cuando establece en este asunto que el hecho de que las disposiciones controvertidas se inscriban en el contexto de la PESC, no puede llevar necesariamente a excluir la competencia del juez de la Unión[74]. Y dicho esto, resuelve el recurso de casación considerando competente al Tribunal General, y consecuentemente el TJUE, para controlar los actos objeto de recurso, ya que aunque son actos que se adoptan en el contexto de la PESC, se trata de actos de gestión de personal que tiene por objeto el despliegue de los miembros de la Misión en la zona de operaciones y no, actos sobre cuestiones relativas a la Comisión de servicios[75].

Por ello, entiende que la cláusula carve-out no alcanza a este tipo de actos, como se ve corroborado por la competencia que se confiere al Tribunal para resolver recursos interpuestos por expertos nacionales destinados en comisión de servicios en la Agencia Europea de Defensa (AED) y recursos interpuestos por expertos nacionales destinados en comisión de servicios en el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE). Y es que, en palabras del Tribunal:

´´cualquier otra interpretación tendría como consecuencia, en particular, que, cuando un mismo acto de gestión del personal relativo a las operaciones «sobre el terreno» afecte al mismo tiempo a agentes en comisión de servicios destinados por los Estados miembros y por las instituciones de la Unión, la decisión adoptada respecto a los primeros podría ser inconciliable con la adoptada por el juez de la Unión en relación con estos últimos.´´[76]

Por tanto, en esta sentencia vemos cómo basándose en la defensa de los derechos fundamentales y los principios y valores de la Unión, el Tribunal lleva a cabo una interpretación más amplia, en comparación con su anterior jurisprudencia, del alcance de sus competencias. Y es que en ausencia de una modificación de los Tratados, que extienda o al menos clarifique la competencia del Tribunal en esta materia, es éste el encargado de interpretarla.

Dicho esto y antes de pasar a analizar su última interpretación en el asunto Rosneft, me gustaría señalar que el Tribunal tenía otras opciones, cuanto menos interesantes, para justificar su competencia a la hora de controlar la legalidad del acto. En este sentido, apunta Verellen[77], que ésta es necesaria para contrarrestar la brecha que existe en el sistema de protección judicial en el ámbito de la PESC, cuando determinados actos escapan al control jurisdiccional del Tribunal, y ni los órganos jurisdiccionales nacionales[78], ni el Tribu-

[70] Geert de Baere, Constitutional Principles of EU External Relations, apartado 39.
[71] Francis G. Jacobs, The Sovereignty of Law: The European Way (Cambridge University Press, Cambridge, 2007)
[72] Conclusiones del AG Wahl presentadas el 7 de abril de 2016, H. c. Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, C-455/14 P, EU:C:2016:212, apartado 89.
[73] Conclusiones de la AG Kokott presentadas el 13 de junio de 2014, en el procedimiento de dictamen 2/13, EU:C:2014:2475.
[74] Sentencia de 24 de junio de 2014, Parlamento c. Consejo, Mauricio, C-658/11, EU:C:2014:2025 apartados 69 a 74 y Sentencia de 12 de noviembre de 2015, Eilitaliana SpA c. Eulex Kosovo, C-439/13, EU:C:2015:753, apartados 43-50.
[75] Art. 24.1 (párrafo primero) TUE.
[76] Sentencia de 19 de julio de 2012, Parlamento c. Consejo, C-130/10, EU:C:2012:472, apartado 57
[77] Thomas Verellen, ´´ H v. Council: Strengthening the rule of law in the sphere of the CFSP, one step at a time´´, European Papers (nº 3, 2016) pp. 1041-1053.
[78] Sentencia de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal, C-399/11, EU:C:2013:107, apartados 55-64.- De esta sentencia se desprende que los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden pronunciarse sobre la validez de un acto comunitario y mucho menos invalidarlo. A lo sumo, pueden suspender su aplicación y conceder indemnizaciones, en caso de urgencia, es decir cuando sea preciso para evitar que la parte que la solicita sufra un perjuicio grave e irreparable como se desprende del caso C-134/88 y C-92/89 (n.18) apartado 28.
[79] En el Dictamen 2/13 (n.21) el Tribunal rechaza la adhesión de la UE al CEDH, entre otras cosas, porque el TEDH podría ejercer un control judicial sobre las medidas que quedase fuera de su jurisdicción.

nal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[79] pueden cubrirla ya que ya que debe salvaguardarse la unidad y autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y garantizar el principio de seguridad jurídica[80].

Además, en contra de lo argumentado por la Comisión y el recurrente en este asunto, critica que el Tribunal no se haya pronunciado de un modo más claro sobre los límites de su jurisdicción en materia PESC, y defiende una amplia interpretación de la cláusula claw-back. Por ello, mientras que uno de los argumentos de la recurrente y la Comisión, por el cual debe hacerse una lectura del art. 275 TFUE basada en la naturaleza del motivo más que en la naturaleza del acto, no le resulta convincente en el régimen post-Lisboa[81], tanto el argumento que defiende una interpretación restrictiva del concepto de ´´ciertas decisiones´´ recogido en el art. 275.2 TFUE[82], como el que plantea una interpretación amplia de las medidas restrictivas, que abarque no sólo las sanciones tradicionales sino también otros tipos de actos PESC que afecten al estatuto jurídico de las personas[83], son más que aceptables y deben ser tenidos en cuenta por el Tribunal cuando se le vuelva a plantear la cuestión del alcance de sus competencias, en materia PESC.[84]

4.2 La Reciente Competencia de Control Prejudicial de los Actos PESC

Como cierre a este trabajo, y dejando clara, de antemano, su transcendencia en el marco de las competencias del Tribunal en el ámbito de la PESC, expondré, a continuación, el asunto Rosneft[85] y los aspectos más destacados para el objeto de este trabajo.

En este asunto, se le plantea al Tribunal una cuestión prejudicial de gran calado, en lo que se refiere al ejercicio de sus competencias, preguntándosele esencialmente, si es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez de un acto que, como la Decisión 2014/512,[86] objeto de examen, ha sido adoptado sobre la base de las disposiciones relativas a la PESC. Y que, como ya he adelantado, el Tribunal responde que sí lo es ´´*siempre que las peticiones de decisión prejudicial correspondientes versen, bien sobre el control de si dichas decisiones respetan el art. 40 TUE, bien sobre el control de legalidad de medidas restrictivas adoptadas frente a personas físicas o jurídicas.*´´[87]

Es importante recalcar que antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, el Tribunal deja clara la admisibilidad de la cuestión prejudicial destacando que tiene la obligación de pronunciarse sobre la validez de una disposición de derecho de la Unión, cuando así se lo plantee el juez nacional[88], salvo que no se cumpla lo exigido por el art. 94 del Reglamento de Procedimiento sobre el contenido de la petición de decisión prejudicial o cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma de la Unión, no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o el problema es de naturaleza hipotética.[89] En el presente asunto, el Tribunal entiende, en contra de lo alegado por los gobiernos polaco y estonio y el Consejo, que la cuestión sobre la validez de la Decisión resulta relevante, en el sentido de que ella depende la validez de un reglamento. Y que es competente para analizar su validez, con independencia de que el Reglamento sea o no válido, en la medida que ese análisis es necesario para determinar cuál es el alcance de las obligaciones que de ella derivan para los Estados.[90]

Dicho de otro modo, las reglas y procedimientos específicos que posee la PESC, no afectan a la obligación de los Estados de respetar sus disposiciones, por lo que la posibilidad de que el Tribunal pueda controlar su validez con carácter prejudicial resulta fundamental para garantizar una correcta interpretación y aplicación del ordenamiento en este ámbito.[91]

En cuanto al fondo del asunto, para resolverlo con mayor claridad, debe entenderse que la cuestión prejudicial esconde en realidad dos cuestiones.

La primera de ellas consiste en determinar si el Tribunal es competente para, en virtud de una petición prejudicial, controlar si el Consejo respetó el art. 40 TUE cuando esta última institución adoptó la Decisión 2014/512. Como los Tratados no establecen ninguna modalidad para efectuar el control judicial del art. 40 TUE, éste se incluye en la competencia general

[80] Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C- 314/85, EU:C:1987:452, apartado 15.
[81] Sentencia de 19 de julio de 2016, H c. Consejo, C-455/14, EU:C:2016:569, apartado 34.
[82] Sentencia de 19 de julio de 2016, H c. Consejo, C-455/14, EU:C:2016:569, apartado 32.
[83] Sentencia de 19 de julio de 2016, H c. Consejo, C-455/14, EU:C:2016:569, apartado 33.
[84] Verellen, European Papers, p. 1049.
[85] En este asunto el Tribunal responde a una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por la High Court of Justice de Inglaterra y Gales, en el marco de un recurso interpuesto por una petrolera rusa, afectada por las sanciones económicas impuestas a Rusia por incumplir los Acuerdos de Minsk. En él solicitaba la nulidad de las medidas y su inejecución por los Estados, al entender que los actos eran contrarios a varios artículos del Acuerdo de colaboración UE-Rusia, que incumplían la obligación de motivación y por tanto violaban su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo; que las disposiciones sobre el sector petrolífero eran incompatibles con el principio de igualdad de trato; que eran desproporcionadas con los objetivos de los actos, vulnerando la libertad empresarial y el derecho de propiedad;. y que la imprecisión con la que los actos controvertidos obligan a los Estados a determinar las sanciones correspondientes para garantizar su aplicación, violan los principios de seguridad jurídica y legalidad de los delitos y las penas. Además, la petrolera ha interpuesto un recurso de anulación ante el TJUE, que está pendiente de fallo, y en el que ha solicitado la nulidad de los actos que establecen el alcance de dichas medidas.
[86] Decisión 2014/512/PESC del Consejo de 31 de julio de 2014 relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania y Reglamento (UE) 833/2014 del Consejo de 31 de julio de 2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania.
[87] Art. 24.1 (párrafo primero) TUE.
[88] Sentencia de 3 de junio de 2008, Intertanko, C- 308/06, EU:C:2008:312, apartado 31.
[89] Sentencia de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 19.
[90] Sentencia de 20 de mayo de 2008, Comisión c. Consejo, C-91/05, EU:C:2008:288, apartado 56.
[91] Peter van Elsuwege, ´´ Lessons from the Rosneft case´´, Judicial Review of the EU´s Common Foreign and Security Policy, 2017.

que el art. 19 TUE confiere al Tribunal para garantizar la interpretación y aplicación de los Tratados, y que permite su pronunciamiento con carácter prejudicial sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Unión.

La segunda de ellas consiste en comprobar si el Tribunal es competente para controlar la legalidad de las medidas restrictivas adoptadas frente a personas físicas o jurídicas en un procedimiento prejudicial a instancias de un tribunal nacional que alberga dudas sobre la validez de las medidas. Para resolver esta cuestión, el Tribunal adopta el razonamiento, cuanto menos original, que hace en su conclusiones el AG Wathelet[92] de la distinta redacción de la cláusula claw-back en el apartado primero del art. 24 y el apartado segundo del art. 275, para concluir que:

´´ no se desprende de los Tratados que los recursos de anulación sean la única modalidad de control de la legalidad de las decisiones por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas y que, por tanto, en concreto la remisión prejudicial para que se aprecie la validez de un acto no constituya una modalidad de dicho control de legalidad.´´

Y que:

´´ cuando el art. 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, última frase, remite al art. 275 TFUE, párrafo segundo, no lo hace para determinar el tipo de procedimiento en que el Tribunal de Justicia puede controlar la legalidad de determinadas decisiones, sino para fijar el tipo de decisiones cuya legalidad puede ser controlada por el Tribunal de Justicia en cualquier procedimiento cuyo objeto sea ese mismo control de legalidad.´´

Continuando con una interpretación amplia de la cláusula claw-back, y teniendo en cuenta que la finalidad del procedimiento que permite al Tribunal pronunciarse con carácter prejudicial consiste en garantizar el respeto al derecho, éste llega a una de las grandes lecciones de esta sentencia. Y es que debe mantenerse la necesaria coherencia del sistema de protección judicial que exige que la facultad de declarar la nulidad de los actos de las Instituciones de la Unión, incluso en materia PESC, se reserve al TJUE porque es éste el que en un procedimiento prejudicial, está en mejores condiciones para pronunciarse sobre la validez del acto. Así, para ello, puede recabar las observaciones de los Estados y de las Instituciones cuyos actos son cuestionados, y pedir información a todos los Estados, organismos e Instituciones que se encuentran al margen del procedimiento. Y de esta forma, salvaguardar el objetivo esencial del art.267 TFUE que no es otro que el de *´´garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales´´ que debe imponerse con la misma fuerza tanto ´´en el control de legalidad de las decisiones mediante que prevén la adopción de medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas como en otros actos de la Unión´´*. De otra forma las divergencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrían comprometer la unidad del ordenamiento y el principio de seguridad jurídica.[93]

Dicho esto, otra de las grandes afirmaciones de esta sentencia tiene que ver con la aplicación horizontal de los valores y principios constitucionales de la Unión. [94]Así el Tribunal, confirma lo señalado ya en el asunto H c. Consejo en el que como hemos visto estableció que una lectura combinada de los artículos 2 TUE y 21 TUE que remite a su vez al art. 23 TUE, se deduce que la Unión se basa en el Estado de derecho[95]. Y éste inspira todos los objetivos de la Unión, incluidos los objetivos y principios generales de la PESC que como establece el art. 23, se llevarán a cabo de conformidad con las disposiciones generales de la acción exterior de la Unión. Así, el Tribunal cuando cita el art. 47 CDFUE[96], que consagra la tutela judicial efectiva, exige una interpretación restrictiva de la exclusión del control judicial en el ámbito de la PESC con el objetivo de salvaguardar el respeto a los derechos fundamentales en la acción exterior de la Unión. En este contexto, no es de extrañar que el Tribunal respondiera a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que la interpretación de los principios de seguridad jurídica y nulla poena sine lege certa en el sentido de que NO se oponen a que los Estados impongan sanciones penales, aun antes de que el TJUE haya aclarado el alcance de dichas disposiciones y por tanto de las sanciones penales correspondientes.[97]

Por último, es destacable la defensa que se hace del papel del Consejo y de su decisión política, en nombre de la Unión, de adoptar sanciones contra Rusia por su incumplimiento de los Acuerdos de Minsk. El Tribunal analiza, a la luz de las competencias y procedimientos establecidos en el art. 215 TFUE, todos los argumentos aportados por la petrolera con la intención de demostrar la ilegalidad de las medidas restrictivas. Para ello, parte reconociendo que el contenido de la Decisión es bastante pormenorizado pero recalca la caracterización técnica de las medidas adoptadas y la libertad del Consejo para definir el objeto de las medidas restrictivas que adopte la Unión en el ámbito de la PESC, debido a la amplitud de las finalidades y objetivos de ésta[98]. Y precisamente de pasarela entre estos y las acciones de la Unión por las que se adoptan medidas económicas comprendidas en el ámbito del TFUE, está el art. 215 TFUE que permite al Consejo adoptar Reglamentos por mayoría cualificada para

[92] Conclusiones del AG Wathelet, presentadas el 31 de mayo de 2016, Rosneft, C-72/15, EU:C:2016:381.
[93] Apartados 78-80.
[94] Vid. Supra, 3.3 y 4.1.
[95] Sentencia de 19 de julio de 2016, H c. Consejo, C-455/14, EU:C:2016:569, apartado 41.
[96] Apartado 73.
[97] Apartado 170.
[98] Apartados 87-88.

darle efecto, garantizando la aplicación uniforme en todos los Estados. Por ello, no puede considerarse, y más en un contexto técnico como ocurre en este caso, que la decisión adoptada por el Consejo, en virtud del art. 29 TUE, para precisar el objeto de las medidas restrictivas, suponga una invasión del art. 215 TFUE que regula el procedimiento para su aplicación uniforme en todos los Estados miembros.[99]

En este contexto, el Tribunal reconoce también la facultad del Consejo para decidir que el objeto de las medidas restrictivas sea proteger los intereses esenciales para la seguridad de la Unión y para salvaguardar la paz y seguridad internacionales. Y, en este caso, en línea con su anterior jurisprudencia, las consecuencias negativas que los actos puedan tener para los particulares están justificadas.[100]

Asimismo, el Tribunal aclara que la Decisión 2014/512, en contra de lo alegado por la petrolera Rosneft, no viola la legalidad del art. 40 TUE ya que no se trata de un acto legislativo. Así lo demuestra el hecho de que se ha adoptado siguiendo el procedimiento del art. 24 TUE que establece un reparto peculiar de funciones entre las Instituciones.[101]

Por último, me gustaría señalar, aunque para el objeto de este trabajo no resultan relevantes, que la sentencia Rosneft recoge algunas otras cuestiones de interpretación, como que las sanciones económicas no se refieren a los pagos efectuados por los bancos.[102]

5. Conclusiones

PRIMERA.- La reforma de Lisboa rechazó la propuesta de comunitarización que recogía el fallido Tratado Constitucional y mantuvo, en términos generales, el tratamiento de la PESC como una competencia peculiar, regulada en su propio Título y que según el art. 24 TUE debe regirse por reglas y procedimientos específicos, en los que los Estados tienen mayor peso. Sin embargo, lo cierto es que aun manteniéndose el carácter intergubernamental de la PESC, se han introducido importantes novedades que van encaminadas a su integración en el régimen de la acción exterior. En este sentido, los Tratados regulan numerosas referencias cruzadas entre la PESC y el resto de políticas con proyección exterior, facilitando su acercamiento, y se han unificado los objetivos de la acción exterior, convirtiéndose también en los de la PESC.

SEGUNDA.- En esta línea, el TL ha modificado la competencia jurisdiccional del Tribunal en el ámbito de la PESC, reforzando su papel en este ámbito. Aunque no se puede negar que la cláusula carve-out, excluye con carácter general el ámbito de la PESC del control jurisdiccional del Tribunal, la cláusula claw-back, rompe con su tradicional inmunidad jurisdiccional y le torga competencia para controlar la legalidad de determinados actos PESC y la no intromisión de ésta en el resto de políticas, y viceversa. Así el Tribunal es competente para conocer de un recurso que interponga cualquier persona física o jurídica contra aquellas medidas restrictivas, que adoptadas en el ámbito de la PESC, afecten a los derechos que le son reconocidos en el ordenamiento de la Unión; y de un recurso de anulación, excepción de legalidad y cuestión prejudicial cuyo objeto sea garantizar una correcta delimitación entre la PESC y el resto de políticas. Y esto, no sólo con el fin de proteger, como ocurría en el régimen pre-Lisboa, la intromisión de procedimientos e instrumentos intergubernamentales en las competencias de la Unión, sino también para proteger la integridad de la PESC.

TERCERA.- Además, fuera del tenor literal del art. 24.1 TUE y el art. 275 TFUE, y teniendo en cuenta que como toda excepción, la cláusula carve-out debe interpretarse restrictivamente, el Tribunal resulta competente para controlar, en el marco del art. 218.11 TFUE, la compatibilidad de cualquier acuerdo internacional con los Tratados, incluso de aquellos que se relacionan única o exclusivamente con la PESC, ya que la Unión es formalmente responsable en todos ellos; y para controlar el respeto a los principios constitucionales por parte de los Estados y de las Instituciones, con independencia de las disposiciones en las que basen su actuación.

CUARTA.- Como la misma jurisprudencia ha admitido, la cláusula carve out implica que hay determinados actos que escapan al control judicial del Tribunal lo provoca una brecha, que ni los órganos jurisdiccionales nacionales, ni los internacionales pueden salvar, en un sistema de recursos y procedimientos que debería ser completo. Como esto genera un riesgo en la salvaguardia de la tutela judicial efectiva, el Tribunal ha seguido, en su jurisprudencia, una tendencia a controlar judicialmente todos los ámbitos en los que se hace imprescindible la protección de los derechos y libertades fundamentales del particular, incluidas las decisiones adoptadas en el marco de la PESC.

QUINTA.- Sobre la base de lo que acabamos de exponer, en el asunto H c. Consejo, el Tribunal se ha de-

[99] Apartados 88-90.
[100] Apartado 116 en relación con el 150.
[101] Apartados 91-92.
[102] Apartado 184.

clarado competente para controlar la validez de una decisión adoptada por el Jefe de la EUPM en Bosnia para cambiar de destina a una magistrada adscrita a la misma, sentenciando que el hecho de que las disposiciones controvertidas se inscriban en el contexto de la PESC, no puede llevar necesariamente a excluir la competencia del juez de la Unión. Y en el más reciente, aun, asunto Rosneft, se ha declarado competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez de un acto que haya sido adoptado sobre la base de disposiciones PESC, siempre que las peticiones de decisión prejudicial correspondientes versen, bien sobre el control de si dichas decisiones respetan el art. 40 TUE, bien sobre el control de legalidad de medidas restrictivas adoptadas frente a personas físicas o jurídicas. Por tanto, en defecto de una redacción de los Tratados que delimite claramente cuál es su competencia jurisdiccional en el ámbito de la PESC, ha tenido que reinterpretarla con el fin de salvaguardar el Estado de derecho y los derechos fundamentales de los individuos en este ámbito.

6. Bibliografía

6.1 Artículos

Alonso García R. ´´ Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea´´, Working Papers on European Law and Regional Integration, nº 1, Madrid, 2010.

Daniel Kelemen R., ´´The Court of Justice of the European Union in the Twenty-First Century´´, Law and Contemporary Problems, nº 79, 2016.

Everling U. ´´Reflections on the Structure of the European Union´´, 29 Common Market Law Review, 1992.

González Alonso L.N. ´´ Desarrollo y Seguridad en la Jurisprudencia del TJCE. Los Límites al Discurso de la Coherencia en la Acción Exterior de la Unión Europea´´, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Madrid, 2009.

Herrero de la Fuente A.A. ´´ La Política Exterior y de Seguridad Común en el Tratado de Lisboa´´, Anuario de Derecho Europeo, nº 5, 2008.

Hillion C., y Wessel R. ´´ Competence Distribution in EU External Relations after ECOWAS: Clarification or Continued Fuzziness?, 46 Common Market Law Review, 2009.

Horsley T. ´´Reflections on the Role of the Court of Justice as the Motor of European Integration: Legal Limits to Judicial law-marking´´, 50 Common Market Law Review, 2013.

Van der Mai A.P. ´´Case Note: Eu External Relations and Internal Inter-Institutional Conflicts: The Battlefield of Article 218 TFEU´´, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2016.

Van Elsuwege. P. ´´ Lessons from the Rosneft Case´´, Judicial Review of the EU´s Common Foreign and Security Policy, 2017.

Verellen T. ´´ H v. COUNCIL: Strengthening the Rule of Law in the Sphere of the CFSP, One Step at a Time´´, European Papers, nº 3, 2016.

Wessel R. ´´Lex Imperfecta: Law and Integration in European Foreign and Security Policy´´, European Papers, nº 2, 2016.

Wessels W., y Boop F., ´´The Institutional Architecture of CFSP after the Lisbon Treaty: Constitutional Breakthrough or Challenges Ahead?, CEPS Challenge Paper, nº 10, 2008.

6.2 Monografías y Contribuciones en Obras Colectivas

Baere de G, Constitutional Principles of EU External Relations, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Brkn M, ´´The role of the European Court of Justice in the field of Common Foreign and Security Policy after the Treaty of Lisbon: New Challenges for the Future´´, en Cardwell PJ. (Ed.) EU external relations law and policy in the post-Lisbon era, The Hage, TMC Asser Press, 2012.

Eeckhout P, EU External Relations Law, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Ferrer Lloret, J, ´´El Control Judicial de la Política Exterior de la Unión Europea´´, en Universidad del País Vasco (Ed.), Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz de 2010, Vitoria, 2011.

González Alonso L.N, ´´¿Quién dijo que Desaparecen los Pilares? La Configuración Jurídica de la Acción Exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa´´ en Martín y Pérez de Nanclares J. (Ed.) El Tratado de

Lisboa. La Salida de la Crisis Constitucional, Madrid, 2008.

Griller S, ´´The Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy´´, en The Court of Justice of the European Union, The Court of Justice and the construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, 2013.

Hillion C, ´´A powerless court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy´´, en Cremona M y Thies A (Eds.) The European Court of Justice and External Relations Law, Hart Publishing, Oxford, 2014.

Hinarejos A, Judicial Control in the European Union. Reforming Jurisdiction the Intergovernmental Pillars, Oxford Studies in European Law, Oxford, 2009.

Jacobs F, The Sovereignty of Law: The European Way, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

Keukeleire S y Delreux T, The Foreign Policy of the European Union, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2014.

Liñán Nogueras J.D, ´´La Acción Exterior de la Unión: La Política Exterior y de Seguridad Común´´, en Mangas Martín A (Ed.) Instituciones y derecho de la Unión Europea, Tecnos, Madrid, 2016.

6.3 Legislación y Jurisprudencia

6.3.1 Conclusiones del Abogado General del TJUE

Conclusiones del AG Jacobs presentadas el 6 de abril de 1995, Comisión c. República Helénica, C-120/94, EU:C:1995:109.

Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 13 de junio de 2014, en el procedimiento de Dictamen 2/13, EU:C:2014:2475.

Conclusiones del AG Bot, presentadas el 30 de enero de 2014, Parlamento Europeo c. Consejo (Mauricio), C-658/11, EU:C:2014:41.

Conclusiones del AG Jääskinen presentadas el 21 de mayo de 2015, Elitallana SpA c. EULEX Kosovo, C-439/13 P, EU:C:2014:2416.

Conclusiones de la AG Kokott presentadas el 28 de octubre de 2015, Parlamento Europeo c. Consejo (Tanzania), C-263/14, EU:C:2015:729.

Conclusiones del AG Wahl presentadas el 7 de abril de 2016, H. c. Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, C-455/14 P, EU:C:2016:212.

Conclusiones del AG Wathelet presentadas el 31 de mayo de 2016, Rosneft, C-72/15, EU:C:2016:381.

6.3.2 Dictámenes

Dictamen 2/00 de 6 de diciembre de 2001, Protocolo de Cartagena, EU:C:2001:664.

Dictamen 1/09 (Pleno) de 8 de marzo de 2011, Creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes, EU:C:2011:123.

Dictamen 2/13 (Pleno) de 18 de diciembre de 2014, Adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las TJUE, EU:C:2014:2454.

6.3.3 STJUE

Sentencia de 25 de septiembre de 1979, Comisión c. Francia, C-232/78, EU:C:1979:215.

Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85, EU:C:1987:452.

Sentencia de 30 de julio de 1996, Bosphorus, C-84/95, EU:C:1996:312.

Sentencia de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik Süderdisthmarschen AG, C-134/88 y C-92/89.

Sentencia de 12 de mayo de 1998, Comisión c. Consejo, C-170/96, EU:C:1998:219.

Sentencia de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-78/98, EU:C:2000:247.

Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Consejo c. Hautala, C-353/99, EU:C:2001:66.

Sentencia de 12 de diciembre de 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d´Iran c. Consejo, T-288/02, EU:T:2003:204.

Sentencia de 27 de febrero de 2007, Gestora Pro Amnistía y otros c. Consejo, C-354/04, EU:C:2007:115.
Sentencia de 27 de febrero de 2007, Sergi y otros c. Consejo, C-355/04, EU:C:2007:116.

Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión, C-402/05, EU:C:2008:461.

Sentencia de 20 de mayo de 2008, Comisión c. Consejo, C-91/05, EU:C:2008:288.

Sentencia de 3 de junio de 2008, Intertanko, C-308/06, EU:C:2008:312.

Sentencia de 12 de febrero de 2009, Comisión c. Grecia, C-45/07, EU:C:2009:81.

Sentencia de 14 de junio de 2012, Compagnie internationales pour la vente à distance, C-533/10, EU:C:2012:347.

Sentencia de 19 de julio de 2012, Parlamento c. Consejo, C-130/10, EU:C:2012:472.

Sentencia de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal, C-399/11, EU:C:2013:107.

Sentencia de 28 de noviembre de 2013, Consejo c. Manufacturing Support &Procurement Kala Naft, C-348/12, EU:C:2013:776.

Sentencia de 13 de septiembre de 2013, Eyd Makhlouf c. Consejo de la Unión Europea y Comisión, T-383/11, EU:T:2013:431.

Sentencia de 24 de junio de 2014, Parlamento c. Consejo (Mauricio), C-658/11, EU:C:2014:2025.

Sentencia de 14 de abril de 2015, Consejo c. Comisión, C-409/13, EU:C:2015:217.

Sentencia de 1 de marzo de 2016, National Iranian Oil Company c. Consejo, C-440/14, EU:C:2016:128.
Sentencia de 14 de junio de 2016, Comisión c. Consejo, C-263/14, EU:C:2016:435.

Sentencia de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514.

Sentencia de 19 de julio de 2016, H c. Consejo, C-455/14, EU:C:2016:569.

Sentencia de 12 de noviembre de 2015, Elitaliana c. Eulex Kosovo, C-439/13, EU:C:2015:753.

Sentencia de 28 de marzo de 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236.

6.3.4 Reglamentos

Reglamento (UE) 833/2014 del Consejo de 31 de julio de 2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, DO L 299/1, 31.7.2014.

6.3.5 Otros

Reglamento (UE) 833/2014 del Consejo de 31 de julio de 2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, DO L 299/1, 31.7.2014.

ARBITRAJE

Aplicación del Precedente en la Justicia Arbitral Colombiana: Una realidad continuamente debatida.

Laura Correa Contreras, Paula Castilla Plazas y Santiago Niño
Pontífica Universidad Javeriana.
Bogotá

RESUMEN: El constante fortalecimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos ha sembrado varios cuestionamientos en cuanto al control que podrá predicarse sobre los mismos. Es por esta razón que hemos decidido realizar el presente trabajo investigativo con relación al tema correspondiente a la aplicación del precedente sobre los laudos arbitrales en Colombia, pues en la sentencia del Consejo de Estado proferida 8 de febrero del año pasado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A, se consolida la doctrina según la cual les resulta obligatorio a los árbitros a la hora de fallar tener en cuenta las decisiones tomadas por anteriores tribunales de arbitramento que resulten aplicables al contar con iguales supuestos de hecho, es así como se contempla que la figura del precedente horizontal cobra aplicación, lo que nos lleva a considerar que eventualmente el precedente vertical podría tenerla.

ABSTRACT: The constant strengthening of alternative dispute resolution mechanisms has plagued several questions regarding the control that can be predicated on them. We have decided to carry out this investigative work in relation to the subject corresponding to the application of the precedent to arbitration resolutions in Colombian law, based on the decision of the State Council of February 8 of this year, room three subsection A, consolidates the doctrine according to which arbitrators are required to fail, taking into account the decisions of previous arbitration tribunals. We will start with an examination on the nature of the arbitration and its main characteristics, then we will evaluate the precedent and the change that this has had over the years and we will end by identifying the reasons why the application of this figure is predicable to all the bodies that exercise jurisdictional functions is a reality that has been gaining strength over time.

Palabras Clave: precedente vertical, precedente horizontal, recurso extraordinario de anulación.

Key words: Arbitration, vertical precedent, horizontal precedent, extraordinary appeal for annulment.

Recepción: 23.03.2018 Aceptación: 30.04.2018

1. Introducción

El presente estudio pretende hacer, en primer lugar, un análisis sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y cómo determinados elementos que tienen aplicación en la rama judicial se han extendido a esta figura partiendo de su configuración esencial en el ordenamiento colombiano como forma de administrar justicia. Específicamente busca explorar la posibilidad de que resulte obligatorio para los árbitros seguir el precedente tanto de anteriores tribunales de arbitramento como de las altas cortes de la República, razonamiento inferido por la posición que la Corte Constitucional en el ordenamiento que la obligatoriedad de sus decisiones.

En razón a lo anterior, con la finalidad de realizar un estudio contundente y concreto de la problemática planteada, partiremos con un examen sobre la naturaleza del arbitraje y sus principales características, luego evidenciaremos la naturaleza del precedente realizando un breve recuento sobre algunos cambios que ha tenido a lo largo del tiempo y finalizaremos por poner en evidencia la realidad en que se encuentra el ordenamiento jurídico colombiano en relación a las fuentes de derecho que deben ser tomadas en cuenta en toda jurisdicción .

2. Generalidades del Arbitraje

2.1 Noción de arbitraje

A la hora de definir esta figura es relevante considerarla desde dos puntos de vista que resultan fundamentales para entender el planteamiento debatido en el presente escrito.

Primero, desde una perspectiva legal, se consagra al arbitraje como un "mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes difieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice".[2] Frente a ello, es preciso resaltar que esta definición gira en torno a la disponibilidad del derecho en contradicción y el carácter de mecanismo alternativo para la solución de un conflicto.

Por otro lado, la Constitución política de Colombia establece que la administración de justicia es una función pública, con la cual se pretende garantizar la eficacia del ejercicio de los derechos, las garantías y las libertades de los ciudadanos. Por lo tanto, constituye una función pública estatal de naturaleza esencial, en cuanto configura uno de los pilares fundamentales del Estado democrático social de Derecho.[3]

En razón a lo anterior, es preciso considerar que la definición constitucional del arbitraje se concreta primordialmente en cuatro características: i) Se rige por el principio de voluntariedad, ello en la medida en que la competencia de cada tribunal de arbitramento surge de un pacto arbitral celebrado entre las partes en conflicto, sin el cual sería imposible que se sujetara a este mecanismo la solución del litigio; ii) Es excepcional, característica que se deriva del hecho de que se trata de una figura ad hoc, que únicamente existe en virtud de la voluntariedad de las partes; iii) Es temporal, pues las funciones de los tribunales de arbitramento cesan con el fin del litigio mismo, al ser ad hoc no continúan existiendo una vez se ha proferido el fallo.

2.2 Laudo arbitral y sentencia judicial

La Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que el proceso arbitral es materialmente un proceso judicial, pues la actividad del árbitro es la de administrar justicia calificada reiteradamente como servicio público. Este fin del Estado se materializa en un laudo arbitral que resulta ser equivalente a una sentencia judicial en la medida que pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada, haciendo tránsito a cosa juzgada y prestando mérito ejecutivo. [4]

Partiendo de la misma línea argumentativa, la ya mencionada sentencia del Consejo de Estado[5], establece que son varias las razones por las cuales resultan materialmente equiparables la sentencia judicial y el laudo arbitral, (algunas de ellas traídas de la jurisprudencia constitucional): (i) tanto la justicia ordinaria como la arbitral están amparadas por la constitución y el ordenamiento jurídico en general, de lo cual se deriva que las normas que han definido la figura del laudo siempre le han otorgado iguales características y prerrogativas que aquellas predicables de las sentencias. (ii) Ambas acaban con un proceso litigioso. (iii) Deciden el asunto de modo definitivo. (iv) Su decisión resulta vinculante para las partes. (v) Dicha decisión hace tránsito a cosa juzgada.

Es más, la equiparabilidad de estas figuras no sólo se deriva de las razones expuestas, sino del hecho mismo de que las prerrogativas procesales para ejercer la función jurisdiccional de los árbitros son también equiparables a aquellas con las que cuenta un juez de la República.[6]

Así, de la equivalencia material de las figuras del laudo arbitral y la sentencia, también predicable entre las instituciones del tribunal de arbitramento y juez de la República -por la función pública que ejercen y por las prerrogativas que la ley les otorga- es que resulta plausible hacer extensivos los principios que rigen en

[2] (Artículo 1, ley 1563 de 2012).
[3] Constitución política de Colombia, artículo 116.
[4] Sentencia T-048 de 2009 y Sentencia T- 430 del 2016 de la Corte Constitucional
[5] Sección 3. Subsección A. MP: Hernán Andrade Rincón. Feb 8 2017
[6] Juan Jacobo Calderón Villegas and Diego Eduardo López Medina, La Constitucionalización Del Derecho Privado (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho 2013).

la rama judicial a la justicia arbitral. Así, también se puede llegar a aplicar la figura del precedente, tanto vertical como horizontal, a los laudos arbitrales.

3. El Precedente

El concepto de precedente es originario de un sistema jurídico con una tradición distinta a la colombiana, el common law propio de los países anglosajones. De acuerdo con este régimen jurídico, el precedente constituye una fuente de Derecho que surge de las decisiones tomadas por los jueces en un caso concreto. Dichas decisiones tienen un carácter vinculante casi que absoluto, el modo de fallar debe regirse de acuerdo a cómo se ha fallado en el pasado; en ello consiste el precedente: en las decisiones de autoridades judiciales como fuente directa del Derecho.

Ahora bien, el sistema de fuentes colombiano se caracteriza, en su versión originaria, por darle un trato distinto a la jurisprudencia. El artículo 230 de la Constitución política establece que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

De acuerdo a la tradición jurídica colombiana de tipo continental europeo, del derecho positivo, la fuente máxima es la ley, únicamente por debajo de la Constitución. Bajo esta tradición "se considera que el sistema jurídico, tiene la capacidad de responder a los supuestos de hecho por medio de unas reglas, , que ofrecen respuestas claras, coherentes, suficientes y universales."[7]. Así, bajo estos lineamientos y bajo una lectura exegética del artículo 230 de la Carta, el Derecho surge de la norma escrita, la jurisprudencia tiene un carácter subsidiario en el sistema de fuentes, y la ley es capaz, por sí sola, de que los casos con iguales supuestos de hecho sean resueltos de igual manera, sin necesidad de tener él cuenta el modo en que se ha fallado en el pasado. Tal es la filosofía de la corriente jurídica a la que se ha dicho pertenece Colombia.

No obstante, independientemente de lo que la tradición jurídica del ordenamiento colombiano ortodoxo señala, en la actualidad resulta inadmisible entender el precedente judicial o la jurisprudencia como un aspecto ajeno al sistema de fuentes del derecho; es decir, que en todo contexto, el precedente va a tener una validez y una utilidad práctica al momento de resolver los casos por parte del intérprete jurídico.

A) Orígenes y breve evolución de la figura en Colombia

La forma en la que es entendido hoy día el precedente en Colombia, encuentra su origen en otras figuras que fueron evolucionando a tal punto que llegaron configurarse como la fuente de Derecho que es en la actualidad. Un primer acercamiento a esta idea se dio con un movimiento que abanderaba Rafael Núñez, buscando una unidad de la jurisprudencia a nivel nacional en pro del centralismo.[8]

En 1887, el artículo 10 de la ley 153 de 1887 consagró lo que se llamó "doctrina legal más probable", la cual consistía en tres pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto, que los jueces debían obedecer en caso de dudas a la hora de fallar. Posteriormente, en 1889 se modificó el referido artículo, dándosele el nombre de "doctrina legal". Estableciéndose como una facultad, meramente optativa, en virtud de la cual el juez puede acoger el modo de interpretar.

Hubo después, diversas variaciones legales y jurisprudenciales que fueron generando una evolución en esta figura. Sin embargo, el momento en el cual algunos autores indican que empezó a existir -como tal- el precedente en Colombia, se ubica en dos orígenes: el referido al precedente de la Corte Constitucional; y el de los demás cuerpos colegiados o juzgados del país.

Podría llegar a afirmarse que el "germen" del origen del precedente constitucional se remonta a la misma Constitución Política en su artículo 243, en el cual se consagró la cosa juzgada constitucional, que es aquella que se predica de las sentencias que resuelven una acción de inconstitucionalidad contra una norma con fuerza material de ley. Según dicho artículo: "Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución"[9] (Artículo 243, Constitución Política). En desarrollo del artículo anterior,, el origen del precedente constitucional se concretó en la sentencia C-104 de 1993, en la cual se pronunció la Corte sobre este punto, indicando que no es posible aplicar una norma que haya sido declarada inexequible.[10]

Más adelante, la ley estatutaria de la administración de justicia (Ley 270 de 1996) consagró en su artículo 48 aquello que se entiende como precedente consti-

[7] Opinión Jurídica, Universidad de Medellín. P. 68. Juan Pablo Sarmiento E. 2012. Hacia la Constitucionalización del predecente judicial en Colombia (...)
[8] Diego López Medina, citado por Pedro Javier Barrera Varela, 'La Posición De La Jurisprudencia En El Sistema De Fuentes Del Derecho Colombiano' (2014) 9 Saber ciencia y libertad.
[9] Artículo 243, Constitución Política Colombiana
[10] El Precedente Judicial En Colombia: Un Análisis Desde La Teoría Del Derecho' (2011) 41 Revista Facultad de derechos y ciencias jurídicas Pontificia universidad Bolivariana.

tucional. Así, de las sentencias de constitucionalidad tendrán efectos erga omnes únicamente las partes resolutivas, mientras que las partes motivas se consagraron sólo como un criterio auxiliar; por su parte, a las sentencias de tutela se les otorgó efectos vinculantes exclusivamente inter partes.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido ampliado la interpretación que se hace del referido artículo, empezando por la sentencia C-037 de 1996, en la cual se afirmó:

"Sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella.

Posteriormente, de manera progresiva, la Corte Constitucional ha ido ampliando el ámbito de cobertura de los referidos precedentes judiciales, como ocurre con la sentencia C-539 de 2011, en la cual se afirma fehacientemente su extensión y vinculatoriedad, también, a las autoridades administrativas en las decisiones que profieran."

En lo que respecta a las sentencias que se pronuncian sobre las acciones de tutela, ha de decirse que estas en un principio no parecían tener una fuerza vinculante suficiente como para constituir un precedente. No obstante, con la Sentencia C-037 de 1996 se construyó un nuevo paradigma respecto a este punto, partiendo de la idea de proteger al principio de igualdad el cual se veía vulnerado por la inaplicación del precedente de estas providencias en casos similares.

Ahora, en este punto consideramos que es importante referirnos a la sentencia C-834 del 2001 considerada sentencia hito sobre la fuerza normativa de las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia, pues esta por vez primera modifica sus anteriores pronunciamientos y ratificó que hay una vinculatoriedad directa entre sus decisiones como órgano de cierre y los jueces inferiores funcionales de su jurisdicción ; es decir, la figura de la doctrina probable contemplada en el art 10 de la ley 153 de 1887 queda en este punto totalmente desvirtuada y se abre paso a una sujeción de los jueces a las decisiones de esta corporación.

B) Precedente horizontal y vertical

Para tener un mayor entendimiento del problema que busca analizar este artículo, consideramos pertinente aclarar dos vertientes que aparecen en el concepto de precedente: el vertical y el horizontal.

Respecto del primero, se ha dicho que es la forma típica en que aparece el precedente, la cual se da cuando el juez que debe seguir la forma en que se ha decidido se encuentra en un " se encuentra en un peldaño inferior de la jerarquía judicial".[11]

Sobre el precedente en sentido horizontal, se ha indicado que surge de la obligación que tienen los jueces de fallar sujetándose, con un mínimo de razonabilidad, a la forma en que ellos mismos se han pronunciado en providencias anteriores.[12]

4. Extensión del Precedente a la Justicia Arbitral

Partiendo de lo anteriormente expuesto respecto del precedente como fuente del Derecho y la justicia arbitral, en este capítulo extenderemos la referida doctrina del precedente jurisdiccional al caso concreto objeto de la presente investigación: la justicia arbitral. Para ello, expondremos un breve recuento acerca del reconocimiento del arbitraje como sistema que cuenta con las prerrogativas inherentes a la administración de justicia de la rama judicial; y por tanto, cómo la obligatoriedad de tener en cuenta el precedente -para dicha justicia arbitral- es una realidad cada vez más evidente en nuestro ordenamiento jurídico. Estas consideraciones pueden ser evidenciadas desde dos aristas: i) La obligatoriedad del precedente de todos los órganos de cierre sobre quienes ejerzan funciones jurisdiccionales y ii) La efectiva aplicación del precedente respecto de las decisiones proferidas por un Tribunal de arbitramento en un caso concreto, como lo es la sentencia proferida por el Consejo de Estado y las posturas a favor y en contra que podrían derivarse de este pronunciamiento.

A) Precedente de las altas cortes

Frente al aspecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional[13], la Corte Constitucional ha afirmado reiteradamente que éste se fundamenta por tres principales razones:

i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, ya que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, "sus determinaciones resultan ser fuente de Derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta"; ii) la diferencia entre decissum, ratio decidendi y obiter dicta, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutiva sino de

[11] 'Vista De Precedente Y Jurisprudencia' (Webcache.icesi.edu.co, 2018) <https://webcache.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434/1831> accessed 12 April 2018.
[12] Juan Carlos Lancheros, 'El Precedente Constitucional En Colombia Y Su Estructura Argumentativa. Síntesis De Las Experiencias De Un Sistema De Control Mixto De Constitucionalidad A La Luz De La Sentencia T-292 De 2006 De La Corte Constitucional' (Redalyc.org, 2018) <http://www.redalyc.org/html/720/72024685006/> accessed 12 April 2018
[13] Sentencia C-539 de 2011

los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la ratio decidendi del fallo; y (iii) las características de la ratio decidendi y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho.

En este orden de ideas la jurisprudencia, aunque tiene un carácter mucho más amplio y abstracto que la ley positiva, es fundamento de su fuerza vinculante para todos los jueces a la hora de fallar. Frente a esto último, inclusive la sentencia señala que se trata de una fuente de Derecho que se "integra la norma constitucional", es decir, que según la Corte, inclusive se puede llegar a afirmar que ésta hace parte extensiva de la Constitución.

Esta corporación abre la puerta -inclusive- al control de laudos arbitrales por vía de tutela cuando estos hayan infringido la obligación de tener en cuenta el precedente judicial, pues al pronunciarse sobre las causales en las que un tribunal de arbitramento llega a incurrir en un error sustantivo -en virtud del cual es procedente la referida acción en su contra- afirmó: "El defecto sustantivo se presenta, entre otras hipótesis cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática;". Esta teoría ampliará muchísimo más el alcance de la figura en las decisiones de tribunales arbitrales, aun cuando no ha habido hasta la fecha una sentencia de la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela contra laudo arbitral, en la cual se haya tutelado derecho fundamental alguno vulnerado por la omisión de tener en cuenta el precedente.

De igual manera, acogiéndonos a la interpretación que ha dado el ya mencionado Contreras Calderón, la Sentencia C-836 de 2001 indica cómo todo el que realice una función jurisdiccional está determinado por el precedente, sea o no órgano judicial. Esto se compagina con la similitud en sentido material indicada por esta Corte[14], y la idea de cómo se debe atener el tribunal de arbitramento a ciertas garantías constitucionales, las cuales en últimas estarán sujetas al valor hermenéutico expuesto en el precedente.[15]

Sin embargo, consideramos importante resaltar que el precedente judicial no está limitado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino que se extiende a todas las Altas Cortes de la República. En este sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-335 de 2008, refiriéndose a las decisiones de todos los órganos judiciales de cierre, reitera su carácter vinculante, y al respecto afirma:

"Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares." [16]

Bajo esta línea argumentativa, la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. Dicho función de unificación, únicamente ejercida por las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente, para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del Derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.

Una reciente decisión de la Corte Constitucional, en Sentencia de Unificación, se refirió con toda claridad a la importancia de la jurisprudencia de las Altas Cortes, al pronunciarse sobre la causal de nulidad de sentencias vía acción de tutela por desconocimiento del precedente. Al respecto la Corte reiteró:

Cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza legítima, certeza del derecho, seguridad jurídica y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento.[17]

Así, en la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a

[14] Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
[15] Un ejemplo de esto son las sentencias: T-010/17 o la Sentencia T-018/17 que siendo pronunciamientos recientes muestran cómo la Corte sigue dando maneras de entender al debido proceso.
[16] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-335 de 2008. Referencia: expedientes D-6943 y D-6946. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
[17] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 053 de 2015. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado

través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones, deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

B) Posturas frente a la aplicación del precedente en el laudo arbitral

Consideramos que el desarrollo y fuerza vinculante que estamos evidenciando en el presente escrito, se presta para posturas adversas que varían dependiendo de la percepción progresista -p no- de la intervención de las decisiones de la Corte Constitucional dentro del ordenamiento jurídico Colombiano.

En primer lugar se encuentra la posición de la sentencia del Consejo de Estado[18] de la que parte el presente artículo, providencia que resolvía un recurso de anulación interpuesto por una de las partes de un proceso arbitral, la cual afirmaba que el laudo recurrido incurría en la causal novena de dicho recurso: haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Según la parte recurrente, se configuraba la causal en la medida en que el laudo omitía pronunciarse respecto de "algunos extremos planteados en la litis", al haberse utilizado la ratio decidendi de un tribunal anterior entre las mismas partes y por hechos relacionados.

No obstante, la sala falló en contra del recurrente al considerar que era errónea la premisa según la cual una decisión arbitral no era vinculante para un proceso análogo futuro, premisa de la cual aquel partía. Así, la sala prosiguió a argumentar por qué los laudos sí constituían precedentes judiciales, ello partiendo de dos grandes razones: (i) la equivalencia existente entre la sentencia y el laudo, y la consecuencia de ello según la cual (ii) los principios constitucionales que hacen obligatorio para los jueces el respeto por el precedente propio, también son principios que rigen la actividad arbitral.

Frente al primer argumento, la correspondiente explicación se realizó en la segunda parte del segundo capítulo del presente artículo. Ahora bien, el segundo argumento, que a su vez es consecuencia directa del primero, se concreta en los principios específicos que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional hacen del precedente una fuente de carácter vinculante para todo juez de la república. Dichos principios son: (i) la igualdad, que también tiene el carácter de derecho fundamental, (ii) la seguridad jurídica, (iii) la buena fe y confianza legítima, y (iv) la publicidad de las decisiones judiciales.

Respecto del principio de igualdad, la referida sentencia establece que las decisiones arbitrales se deben fundamentar en principios y reglas "universalizables", es decir, normas que hayan sido siquiera tenidas en cuenta para la decisión de otros casos, pues las decisiones no pueden obedecer al capricho momentáneo de quien funge como juez. El segundo principio, la seguridad jurídica, radica en el respeto por la convicción que tienen los destinatarios del Derecho de que a casos iguales se les otorgará un trato igual, la cual es un presupuesto de la estabilidad que dichos destinatarios esperan tener de las situaciones jurídicas a lo largo del tiempo.

Por su parte, el principio de buena fe y confianza legítima, emanados del artículo 83 de la Constitución Política, consiste en aquella garantía para los mencionados destinatarios del Derecho, de que las actuaciones del Estado, en sus diferentes manifestaciones, sean contradictorias con el modo en el que éste se ha venido comportando. Así, el último principio analizado, la publicidad de los actos jurisdiccionales, envuelve la obligación de todo aquel que administre justicia por autoridad de la ley, de motivar debidamente sus decisiones. Dicha motivación debida comprende, entre otras cosas, el deber de referirse de manera explícita respecto de las decisiones anteriores en casos análogos, de modo tal que se justifique suficientemente las razones por las cuales el fallador ha decidido acoger, los criterios de dichas decisiones, o apartarse de los mismos.

En este orden de ideas, dicho principio de publicidad, que implica debida motivación de las decisiones jurisdiccionales, no amarra a quien ejerza la función judicial a fallar del mismo modo en que se ha hecho con anterioridad, pues éste bien puede apartarse de ello si hace explícita la existencia de dicho precedente y las razones por las cuales ha decidido apartarse del mismo. En este sentido, la referida sentencia del Consejo de Estado establece: "la fidelidad al precedente judicial o arbitral (...) no deriva de un deber de seguir incuestionadamente las justificaciones conceptuales de los jueces superiores o (...) del mismo juez o de un tribunal arbitral, (...)"[20]. Más adelante afirma: "si bien lo usual debería ser que el juez o el árbitro se limite a seguir los precedentes vinculantes, excepcionalmente puede, (...), modificar el precedente -previa satisfacción de las aludidas cargas de transparencia y de ar-

[18] Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección 3. Subsección A. Feb 8 de 2017. M.P: Hernán Andrade Rincón.
[19] Artículo 41 ley 1563 de 2012
[20] Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección 3. Subsección A. Feb 8 de 2017. M.P: Hernán Andrade Rincón.

gumentación-".[21]

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencias que le sirvieron de fundamento a la que acá se analiza, como ocurre, por ejemplo, con la C-252 de 2001, en la cual se afirmó que la eficacia de un sistema respetuoso de los precedentes judiciales se encuentra en la argumentación a través de la cual quien ejerza la función jurisdiccional haga explícita la motivación a partir de la cual decidió continuar con el precedente, o cambiarlo (Corte Constitucional de Colombia, 2001), donde se resalta el poder de decisión que sobre la controversia tiene el referido fallador .

Bajo esta línea argumentativa, se puede llegar a afirmar que la doctrina surgida a partir de la mencionada sentencia del Consejo de Estado, no vulnera los principios fundantes de la figura del arbitramento: su independencia, su excepcionalidad, transitoriedad y voluntariedad. Pues no están los árbitros obligados a seguir las decisiones de tribunales anteriores frente a iguales supuestos de hecho, sino únicamente a tenerlas en cuenta, bien pudiendo apartarse de las mismas si cumplen debidamente con la transparencia y motivación de su decisión. Así, de acuerdo con esta postura, la decisión de la sala de lo contencioso administrativo únicamente busca amparar la seguridad jurídica y los demás principios mencionados sin necesidad de que por ello se vulnere a la figura del arbitramento.

En conclusión, alejándose de los argumentos planteados por el Consejo de Estado, podría llegar a afirmarse -como argumento a favor de la teoría de la sala- que en la actualidad, las prácticas jurídicas y las discusiones que éstas han generado, hacen imposible defender fehacientemente los principios básicos fundantes de un sistema jurídico de tipo continental europeo -al que pertenece Colombia-. Pues de acuerdo con los dogmas en los cuales dicha tradición se basa, la ley escrita es suficiente para que cada caso análogo sea fallado de igual manera, sin que para ello sea necesario remitirse a las decisiones anteriores de quienes imparten justicia. No obstante, el ejercicio del Derecho, las contingencias a las que se sujetan los falladores, la ambigüedad del lenguaje, las transformaciones de las realidades que el Derecho regula, hacen casi que imposible seguir considerando como cierto que la la ley escrita es suficiente, por sí sola, para garantizar la seguridad jurídica, la igualdad y los demás derechos que con la vinculatoriedad del precedente se buscan proteger.

De otro lado, habiendo estudiado las posturas a favor de la incidencia del precedente en las decisiones de los Tribunales de arbitramento, nos corresponde ahora la exposición de las ideas que podrían llegar a componer la antítesis de dicha postura.

Un primer argumento, que se dirige a limitar la aplicación del precedente constitucional, habla de la pérdida progresiva de seguridad jurídica y la vulneración de la autonomía de la voluntad de las partes. Ronald Ralf Becerra indica que la constitucionalización del arbitraje internacional no permite un real desarrollo del Derecho dentro de un plano de globalización, en el cual se debería -según él- dar una mayor importancia a las expectativas jurídicas de los agentes de negocios más que a ciertas garantías constitucionales. Así, en este orden de ideas, los destinatarios del Derecho tienen unas expectativas acerca del trato que éste le otorgará a sus circunstancias, expectativas que pueden no llegar a ser cumplidas en la medida en que, por vía de la vinculatoriedad del precedente, se "entrometen" principios constitucionales, cada vez más extensos, en la materia. Así, se puede llegar a desincentivar el tráfico mercantil, pues las referidas expectativas que se tienen de la administración de justicia estarían sujetas a fuertes incertidumbres y contingencias.

Así mismo, remitiendonos a la exposición motivos de la ley 1563 de 2012[22], no sólo se sigue un mismo discurso de efectividad del arbitraje en el plano global, que justifica la independencia del mecanismo frente a la rama judicial, sino que además se dice que uno de los objetivos de la ley es solucionar inconvenientes: "surgidos a partir de haberse proferido la Sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional, toda vez que han existido diferentes interpretaciones respecto del desarrollo del trámite arbitral, las cuales han causado traumatismos en el desarrollo de los procesos arbitrales", lo cual pone en evidencia la problemática que se deriva de seguir un pronunciamiento jurisprudencial.

También puede llegar a utilizarse el argumento que tiene como base unas de las características principales de dicho mecanismo: la temporalidad, excepcionalidad y la naturaleza ad hoc. Esta fue la postura que tomó el recurrente en la sentencia del Consejo de Estado de la que se habló con anterioridad. De acuerdo a este argumento, no es vinculante el llamado "precedente horizontal" que se genera de las decisiones de tribunales de arbitramento respecto de casos análogos que se fallen en el futuro por otros tribunales. Ello en la medida en que se trata de una institución cuya existencia se justifica únicamente en el caso concreto y cuyas funciones jurisdiccionales están limitadas en el tiempo, durando única y exclusivamente lo que dure la resolución del conflicto.

Así, debido a dichos principios de excepcionalidad con los que cuenta la justicia arbitral, sus decisiones son vinculantes exclusivamente inter partes, no pudiendo hacerse extensivas, ni de obligatoria conside-

[21] Íbidem
[22] Gaceta No 542/11 Senado
[23] Los Laudos Arbitrales Como Sentencias Judiciales Frente A La Acción De Tutela En Colombia' [2011] Universidad ICESI. Edgar Roberto Londoño y Gustavo Ortiz.

ración, en futuros laudos frente a iguales supuestos de hecho, pues ello sería desconocer dichas características. Bajo esta línea argumentativa, las decisiones arbitrales no generan precedente que deba ser tenido en cuenta por tribunales de arbitramento futuros.

Un último argumento en contra se podría derivar del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que como lo indican LONDOÑO y ORTIZ: "el efecto más relevante y que contiene la esencia del arbitraje es el de impedir a la jurisdicción estatal el ejercicio de su propia función, por razón de su derogatoria por la voluntad contenida en el pacto arbitral"[23]. Esto permite entender que la autonomía de las partes de un proceso arbitral es el pilar de esta institución, tal como se señaló brevemente en el acápite de "noción del arbitramento" del presente artículo, y permite trazar un paralelo con la jurisdicción ordinaria, lo cual podría llegar a indicar que las decisiones dictadas en uno no tienen por qué influenciar en el otro.

De conformidad con el presente argumento, y de la mano con el anterior, se puede llegar a negar la posibilidad de que se consideren como "precedente" aquellas decisiones que tomen los tribunales de arbitramento, así como -de acuerdo a una postura más restrictiva- inclusive se puede negar la vinculatoriedad del precedente de las altas cortes para los particulares cuando fungen como árbitros. Ello en la medida en que es la voluntad de las partes, manifestada a través de un pacto arbitral, la que justifica y es origen de la competencia misma de los árbitros. Así, por fuera de dicha manifestación de la voluntad, los árbitros no cuentan con poder jurisdiccional alguno aun cuando se encuentren en las listas de árbitros de las cámaras de comercio, pues el investimento de funciones jurisdiccionales surge -materialmente- con el cumplimiento del compromiso o la cláusula compromisoria: con el cumplimiento de la voluntad privada.

5. Conclusiones

Con respecto al precedente vertical sostenemos que, pese a las fuertes razones que fundamentan los argumentos que no aceptan la extensión del precedente de las altas Cortes a la jurisdicción arbitral, ésta resulta ser una realidad sobre la cual, indudablemente, las puertas se encuentran abiertas en el sistema Colombiano. Resulta claro que las razones que le sirven de fundamento a los argumentos en contra pueden ser consideradas como excesivamente formalistas y por ende, lejanas a los desarrollos jurídicos que se han vivido en Colombia desde 1991.

Así, debido a la función constitucional de unificación jurisprudencial de los tribunales de cierre, y a que -en todo caso- los árbitros deben fallar en Derecho -lo cual implica tener en consideración todo el ordenamiento jurídico-, es casi que irreversible el camino a través del cual se llegue a que, indudablemente, el precedente de las altas cortes le sea vinculante a los tribunales de arbitramento. Lo anterior ocurriría, no en razón de que se trate de un superior jerárquico, sino en virtud de la función unificadora que cumplen esos pronunciamientos, y de la fuerza que por ello adquieren la interpretación de la norma constitucional y legal que realicen las altas cortes.

Por todo lo anterior reconocemos que, hacia la extensión de la aplicabilidad del precedente a la justicia arbitral, el Consejo de Estado ha dado el primer paso. En este sentido, el simple hecho de que la presente discusión se consolide con la referida sentencia, ya da cuenta de un reconocimiento unánime del impacto de las decisiones judiciales sobre los tribunales de arbitramento, quiérase esto o no.

6. Bibliografía

6.1 Fuentes Nacionales

6.1.1 Libros

Calderón Villegas JD López Medina, La Constitucionalización Del Derecho Privado (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho 2013)

6.1.2 Artículos

'El Precedente Judicial En Colombia: Un Análisis Desde La Teoría Del Derecho' (2011) 41 Revista Facultad de derechos y ciencias jurídicas Pontificia universidad Bolivariana

Barrera Varela P, 'La Posición De La Jurisprudencia En El Sistema De Fuentes Del Derecho Colombiano' (2014) 9 Saber ciencia y libertad

Lancheros- J, 'El Precedente Constitucional En Colombia Y Su Estructura Argumentativa. Síntesis De Las Experiencias De Un Sistema De Control Mixto De Constitucionalidad A La Luz De La Sentencia T-292 De 2006 De La Corte Constitucional' (Redalyc.org, 2018) <http://www.redalyc.org/html/720/72024685006/> accessed 12 April 2018

Los Laudos Arbitrales Como Sentencias Judiciales Frente A La Acción De Tutela En Colombia' [2011] Universidad ICESI

Rey Vallejo P, 'La Autonomía Del Arbitraje Doméstico Desde La Perspectiva Constitucional En Colombia Y Puntuales Análisis De Derecho Comparado Latinoamericano' (2015) 34 Revista de Derecho Público

6.1.2 Legislación.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

Ley 270 de 1996 Por la cual se expide el ESTATUTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

613 Jurisprudencia

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección 3. Subsección A. Feb 8 de 2017. M.P: Hernán Andrade Rincón.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-335 de 2008. Referencia: expedientes D-6943 y D-6946. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-242 de 1997

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-330 de 2000

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-048 de 2009

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T- 430 del 2016

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C.621 del 1015

DERECHO MERCANTIL

¿Puede defenderse el inversor cualificado ante la falsedad del folleto informativo?

JUAN PABLO MORÁN | Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF)

RESUMEN: Este artículo ha sido escrito con el único objetivo de tratar de discernir, de la mano de ejemplos como la crisis de Bankia o del Banco Popular, si el inversor cualificado es merecedor o no de la defensa otorgada por el artículo 28 de la ley del mercado de valores (ahora artículo 38 del TRLMV) referente a la responsabilidad derivada del folleto informativo que soporta el emisor de unos determinados valores. Dejando así, demás cuestiones de fondo y procesales relativas a esta materia para ulteriores análisis.

La importancia en el análisis de esta cuestión, reside en la falta de jurisprudencia directa hecha por el Tribunal Supremo sobre esta materia, las diferencias doctrinales y jurisprudenciales por parte de tribunales de inferior instancia, y la ambigüedad normativa reguladora del supuesto.

Palabras Clave: Inversores cualificados, responsabilidad por folleto, ley del mercado de valores.

ABSTRACT: This article has been written with the sole purpose of trying to discern, from the hand of examples such as the crisis of Bankia or Banco Popular, if the qualified investor is worthy or not of the protection granted by article 28 (now article 38 of TRLMV) of the law of the stock market, referring to the liability derived from the issue of the informative brochure. Leaving other substantive and procedural issues related to this matter for further analysis.

The importance in the analysis of this question lies in the lack of direct jurisprudence made by the Supreme Court on this matter, the doctrinal and jurisprudential differences on the part of lower courts, and the regulatory ambiguity regulating the case.

Key Words: Qualified investors, responsibility for brochure, law of the stock market.

Abreviaturas

TS	Tribunal Supremo
LMV	Ley del Mercado de Valores
TRLMV	Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores

Recepción: 23.03.2018 Aceptación: 26.04.2018

1. Introducción

Dadas las recientes crisis financieras de bancos tan notorios como Bankia y Banco Popular, muchos inversores se han quedado incrédulos al ver como sus inversiones se reducían a cero en cuestión de pocos días.

Afortunadamente para algunos inversores, los tribunales se han decantado a su favor, produciendo ya una serie de sentencias que ya han sentado esta posición. Destacando entre ellas, la famosa sentencia del Tribunal Supremo del 3 de Febrero de 2016, la cual se pronunciaba a favor del inversor minorista ante el supuesto de falsedad del folleto informativo publicado por el emisor de los valores (artículo 38 del TRLMV).

Por el contrario, todavía queda por esclarecer la situación del inversor cualificado ante este tipo de supuestos, al existir gran incertidumbre acerca de la viabilidad de esta acción para los casos en que la parte actora sea un inversor cualificado.

2. Breve diferenciación entre inversor cualificado y minorista

El artículo 78 bis de la LMV (ahora el artículo 205 del TRLMV), de acuerdo a lo establecido por Eduardo Barrachina en su libro derecho del mercado de valores[1], establece una presunción por medio de la cual se entenderá de forma general, que serán inversores cualificados aquellos de quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

Haciendo a parte una enunciación particular de quien es considerado inversor cualificado, lo serán:

- Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea (entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros….

- Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, y otros de naturaleza similar

- Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

1.º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;
2.º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;
3.º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.

- Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a) tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros.

- Los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas, siempre que se cumplan al menos 2 de los siguientes requisitos: 1.º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores; 2.º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros; 3.º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

Así, acaba diciendo el artículo 78.4 bis de la LMV, serán considerados inversores minoristas todos aquellos que no sean considerados inversores profesionales o cualificados.

De este modo, en lo que respecta a los efectos derivados de esta distinción entre inversores podemos hacer referencia a A. J. Tapia Hermida, en su manual de derecho del mercado financiero, donde establece que: “Esta clasificación es relevante, en el mercado primario de valores, para graduar la intensidad de la protección informativa de los inversores.”[2]

En efecto, en lo relativo al ejercicio de las acciones de nulidad de las órdenes de compra de acciones por falta, error o dolo invalidante del consentimiento, la doctrina jurisprudencial (sentencias número 23 y 24 del 3 de febrero de 2016 del TS) reconoce un nivel menor de protección a los inversores cualificados respecto de los inversores minoristas. Siéndoles exigible un nivel de diligencia menor a los inversores minoristas que a los inversores cualificados.

3. ¿Puede Ser Indemnizado el Inversor Cualificado en Base a la Falsedad de la Información Contenida en el Folleto Informativo?

Habiéndose probado la falsedad en el folleto informativo emitido por la entidad financiera, junto con la correspondiente falsedad de las cuentas anuales. Los inversores minoristas han encontrado (junto a otros argumentos legales vinculados al vicio en el consentimiento que no serán sometidos a examen en este artículo) los puntos sobre de defensa ideales para recuperar sus inversiones.

[1] Barrachina Juan, E. (2011). Derecho del mercado de valores. 2nd ed. Madrid: Difusión jurídica, p.344.
[2] Tapia Hermida, A. (2015). Manual de derecho del mercado financiero. 1st ed. iustel, pp.338-339.

Así, la decisión del Tribunal Supremo ante esta materia es tajante, declarando en su sentencia número 24 del 3 de febrero de 2016 lo siguiente:

"La cualidad de pequeños inversores que tienen los demandantes hace que este error deba considerarse excusable, pues, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros inversores más cualificados, carecen de otros medios de obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para toma la decisión inversores".

Pero el problema reside en que en este párrafo puede resultar ambiguo. Pues se pueden encontrar argumentos de defensa jurisprudencial para ambas partes, en el caso de que exista un conflicto entre un inversor cualificado y una entidad cuyo folleto informativo haya sido falseado. Así pasaremos a analizar cada uno de los puntos de vista:

Posición de la Entidad Emisora:

Primeramente, la entidad emisora de los valores, se va a escudar en que de acuerdo al TS los únicos inversores que serán merecedores de defensa ante falsedades en el folleto informativo serán los inversores minoristas. Pues de acuerdo a esta resolución no tienen, a diferencia de los inversores cualificados, otros medios de información en los que basar sus decisiones. De modo que los inversores cualificados al contar con otros medios de información, deberían haber podido percibir que la entidad emisora de los valores no estaba ofreciendo en el folleto informativo su imagen fiel, y que por tanto negligentemente compraron los valores, bajo su propia responsabilidad.

En apoyo a esta idea, se suele aducir el artículo 30.1 bis de la LMV (ahora el artículo 35.2 del TRLMV), la cuál sostiene una serie de excepciones a la obligación de publicar un folleto informativo. Entre las cuáles está la excepción de publicar folleto informativo cuando se trate de una emisión de valores exclusivamente destinada a inversores cualificados, sin la concurrencia de inversores minoristas.

De este modo, se deja entrever la idea de que el inversor cualificado a diferencia del minorista, no debe tener sólo en consideración el contenido del folleto informativo, sino también la información extra de la que presumiblemente podría disponer, al dispensar la ley de la publicación del mismo folleto informativo para los casos de emisión de valores exclusivamente dirigidos a inversores cualificados. Y por tanto, el inversor cualificado no podrá tener acceso al ejercicio de la acción por la responsabilidad derivada del folleto.

La Posición de los Inversores Cualificados:

Por otra parte, los inversores cualificados, se defenderán aduciendo, que aquí el TS, abre la posibilidad de que los inversores cualificados tengan efectivamente información adicional. Si bien es cierto, que aún abierta esta posibilidad puede que no la tengan. Así declara la sección octava de la Audiencia Provincial de Madrid en su resolución número 400/2017:

"El Tribunal Supremo en sus SS no 23 y 24 de 3 de febrero de 2016 tampoco excluye a esta clase de inversores de la posibilidad de sufrir error en el consentimiento en base a las imprecisiones o inexactitudes del folleto informativo: no dice que todos los inversores cualificados tengan otros medios de información sobre la situación financiera del emisor diferentes al folleto, sino que pueden tenerlos, y en el presente caso no consta que el demandante hubiera recibido información sobre la situación financiera de la entidad crediticia distinta de la que constaba en el folleto informativo o en las cuentas aprobadas por la entidad, por lo que está legitimada para reclamar a BANKIA S.A. por los incumplimientos de BANKIA en cuanto a sus deberes de información y por los graves perjuicios derivados de la suscripción, pudiendo incurrir al igual que los inversores minoristas en vicio del consentimiento por error."

Del mismo modo, ante la afirmación de la necesidad de considerar otros aspectos ajenos al folleto informativo por parte de los inversores cualificados, en base al artículo 30 bis de la LMV[3], cabe destacar la posición de la sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid en su resolución número 85/2017 (en línea con lo expresado por la audiencia Provincial de Vizcaya en su sentencia del 29 de Septiembre de 2016), en la cual sostiene que:

"No se exime de responsabilidad ex folleto (...) concurriendo inversores minoristas y profesionales, lo dispuesto en el citado art. 30 bis. Aquí existió el folleto informativo porque concurrieron los inversores minoristas (...). La ventaja teórica de esa condición depende de la premisa de una venta de valores sin necesidad de folleto invirtiendo en productos que normalmente no se distribuyen al público. De aquí la renuncia al mismo nivel de protección que se atribuye al inversor minorista. Si por el contrario el eje de la venta se referencia en el folleto, decae el sistema de ventajas al que se vincula el menor grado de protección."

Y continua añadiendo:

[3]Paralelamente a ello, existe la necesidad de publicar folleto informativo por parte de la entidad emisora siempre que dicha emisión sea considerada oferta pública (artículo 34 TRLMV).

"El inversor cualificado debe atender al contenido del folleto informativo (art. 27 LMV) sin que se haya probado que además contase con información extra u "otras fuentes de información" que expresamente dejasen advertencia de la existencia de inexactitudes, falsedades u omisiones de datos relevantes en el folleto (...). Difícilmente puede exigirse a la actora otra conducta de comprobación o verificación de la solvencia de Bankia, el que "intuyera" que la reflejada en el folleto no se correspondía a la real, cuando dicha situación no fue detectada ni siquiera por los pertinentes organismos de control y reguladores especialmente dedicados a dichas funciones."

Así, aunque el Tribunal Supremo incida en el mayor nivel de diligencia exigido a los inversores cualificados, por su posible capacidad de obtención de medios complementarios de información. Se puede extraer de estas sentencias que el inversor cualificado debe de atender a lo expuesto en el folleto.

Pudiendo ejercitar la acción de responsabilidad derivada del folleto, en los casos en los que no quede probado que contase efectivamente con información complementaria a la expuesta en el folleto. Si ni siquiera los organismos de supervisión y control de las entidades emisoras de los títulos[4], pudieron conocer de la falsedad de la imagen que la sociedad estaba dando al mercado, ¿cómo iban a poder darse cuenta de dicha falsedad los inversores cualificados?

De este modo, queda claramente evidenciado el nivel de diligencia exigible a un inversor cualificado que efectivamente no cuenta con información adicional al expuesto en el folleto informativo y las cuentas anuales de la sociedad. Siendo diligente aquel inversor cualificado que considerase para su decisión de inversión la información publicada en las cuentas anuales, en el folleto informativo, los hechos relevantes comunicados a la CNMV, los comunicados hechos por los administradores y ejecutivos del de la entidad emisora al público, etc.

Por último, cabe señalar que la legislación no hace ninguna distinción entre los tipos de inversores en lo que respecta ante quien se ha de responder por la falsedad del folleto informativo:

- De este modo, el artículo 27.1 de la LMV (ahora el 37 del TRLMV) referente al contenido del folleto, no se hace ninguna distinción entre inversores, indicando que este deberá contener toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible. Y por tanto se podría interpretar que este contenido también es aplicable al inversor cualificado, y que este en efecto toma en gran consideración el contenido del folleto a la hora de tomar la decisión inversora.

- Y del mismo modo, el artículo 28 de la LMV indica que el emisor del folleto deberá responder ante todos aquellos titulares de los valores que hubiesen sufrido algún daño o perjuicio derivado de la información falsa o incompleta suministrada por el folleto. Perfilando de manera más específica, el artículo 36 del Real Decreto 1310/2005 del 4 de Noviembre, indica que tendrán derecho a ser indemnizadas "las personas que hayan adquirido de buena fe los valores a los que se refiere el folleto durante su período de vigencia[5] por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado como consecuencia de cualquier información incluida en el folleto que sea falsa, o por la omisión en el folleto de cualquier dato relevante". Pero nunca distinguiendo entre inversores cualificados y minoristas, son siempre refiriéndose a meros titulares o adquirentes.

4. Conclusión

Expuestos ambos puntos de vista, considero que la posición merecedora de mayor tutela es la posición de los inversores cualificados. En este supuesto, el punto esencial de revisión es si en efecto los inversores cualificados pueden o podrían tener la información veraz relativa a la contenida en el folleto informativo correspondiente a la emisión de los valores.

Y aunque, de acuerdo al Tribunal Supremo y la ley se otorgue menor protección a los inversores cualificados que a los minoristas, por entre otras cosas, se presume que tienen más fuentes de información en las que basar sus decisiones de inversión y poder calcular el riesgo de las mismas. La realidad es que el hecho de tener más fuentes de información no significa tenerlas todas, de modo que se abre la posibilidad de que exista también un error invencible por parte de los inversores cualificados, pues se podría afirmar con probabilidad rayana a la certeza que a priori ningún inversor cualificado va a tener más información que la que ostentan los organismos de control y supervisión de las entidades emisoras de valores. Y por ello, a menos que exista prueba en contrario de que exista por parte del inversor la disposición de más información que pueda discutir de manera fehaciente la facilitada en el folleto informativo, sería razonable pensar que el inversor cualificado ha sido diligente en tomar

[4] Artículo13 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores: Se crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la que se encomiendan la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos.

[5] Siendo la vigencia del folleto informativo de 12 meses desde su publicación, de acuerdo al artículo 27 del Real Decreto 1310/2005 del 4 de noviembre. El inversor tendrá legitimación activa siempre que haya adquirido los valores a los que se refiere el folleto dentro de este periodo de 12 meses, y siempre que su acción no haya prescrito. Teniendo un plazo de 3 años para interponer la acción de responsabilidad derivada de la falsedad del folleto informativo (artículo 38.3 del TRLMV).

su decisión de inversión de acuerdo a la información publicada por el folleto y la no contravención de la misma por ningún organismo de control y supervisión competente.

En atención al objetivo principal de transparencia que tiene el ordenamiento jurídico al regular los mercados de valores, que es en definitiva, el poner a disposición de los inversores aquella información necesaria para que estos puedan elaborar una fundada decisión de compra o venta[6]. El aceptar la indefensión de los inversores cualificados ante la emisión de información incorrecta o falsa por parte de las entidades emisoras de los valores contravendría de forma clara este objetivo.[7]

Así, en aras de asegurar el cumplimiento de los principios rectores de la regulación del mercado de capitales que son el principio de eficiencia, transparencia y protección de los inversores, debemos interpretar el contenido del 28 de la LMV, y del artículo 27.1 de la LMV, a favor de los inversores cualificados. Entendiendo, que de acuerdo a los razonamientos expuestos en este artículo, y a los principios rectores del ordenamiento del mercado de valores, los inversores cualificados deberán poder contar con la tutela de los tribunales en base a la responsabilidad que se pueda derivar por parte de los emisores en aquellos casos en los que medie falsedad en el contenido del folleto informativo.

5. Bibliografía

5.1 Libros:

Barrachina Juan, E. (2011).Derecho del mercado de valores. 2nd ed. Madrid: Difusión jurídica.

Carbajales, M. and Olcese Santonja, A. (2006). La regulación del mercado financiero. Madrid: Fundación de Estudios Financieros

Iribarren Blanco M. (2008). Responsabilidad civil por la información divulgada por las sociedades cotizadas. 2nd ed. La Ley.

Tapia Hermida, A. (2015). Manual de derecho del mercado financiero. 1st ed. iustel.

5.2 Legislación:

España. Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores

España. Real Decreto 1310/2005 del 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de 1988 de 28 de julio, de la Ley del Mercado de Valores. Boletín oficial del estado, 4 de noviembre de 2005

España. Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Boletín oficial del estado, 23 de octubre de 2015.

5.3 Jurisprudencia:

España. Audiencia Provincial de Madrid (sección 25), resolución número 85/2017, del 07/03/2017

España. Audiencia Provincial de Madrid (sección 8), resolución número 400/2017, del 28/09/2017

España. Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 4), resolución número 535/2016, del 29/09/2016

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 991), resolución número 24/2016, del 03/2/2016

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 991), resolución número 23/2016, del 03/2/2016

[6]Carbajales, M. and Olcese Santonja, A. (2006). La regulación del mercado financiero. Madrid: Fundación de Estudios Financieros, pp.31-43.

[7] Iribarren Blanco M. (2008). Responsabilidad civil por la información divulgada por las sociedades cotizadas. 2nd ed. La Ley, pp. 66-67: "No cabe considerar convenientemente protegidos a los inversores mientras no se les dote de mecanismos que sirvan para compensar los daños experimentados a causa de la divulgación de informaciones engañosas o la omisión de las debidas."

30 aniversario
ELSA
SPAIN
elsa
The European Law Students' Association
SPAIN

Colaboraciones especiales fundadores ELSA Spain

GUILLERMO PALAO MORENO

Guillermo Palao Moreno, obtuvo su Licenciatura en Derecho y Doctorado (con premio extraordinario) en la Universitat de Valencia, institución en la que es Catedrático de Derecho Internacional privado, así como Vicerrector de Internacionalización y Cooperación. Autor de 5 monografías, así como editor de más de una docena de libros colectivos, ha elaborado más de un centenar de trabajos científicos publicados tanto en España como en el extranjero, en diferentes idiomas y en diversas materias relativas al Derecho Internacional privado -entre capítulos de libros y artículos-, así como ha participado en más de una veintena de proyectos de investigación -en los niveles autonómico, estatal y europeo-. Entre sus líneas de investigación se sitúan el Derecho del Comercio Internacional, el Derecho de Familia Internacional, la Contratación Internacional, El Derecho Procesal Civil Internacional, el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea o la Resolución Alternativa de conflictos internacionales privados –arbitraje, mediación y conciliación internacional-.

Con una dilatad experiencia docente –en los niveles de Grado, Máster y Doctorado- así como en la faceta de conferenciante -tanto en España, como en distintos países de Europa, en Estados Unidos y en América Latina-, ha disfrutado de diversas estancias de investigación en instituciones como la Universitá La Sapienza (Roma), el Harvard Law School, el Max-Planck el Institut für Ausländisches un internationales privatrecht (Hamburgo), o el Institut Suisse de Droit Comparé (Lausana).

Académico Correspondiente de la "Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España", también es Miembro del "Comité Valenciano para la Unión Europea", Fellow del European Law Institute, así como miembro de diversas Asociaciones profesionales y científicas –"Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales"; "Asociación Americana de Derecho Internacional Privado"; "Asociación Hispano-Alemana de Juristas"-. Igualmente, es Associate Membre del Centre for Private International Law, University of Aberdeen (Reino Unido) y Profesor Distinguido por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba).

Colegiado (no ejerciente) en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia –siendo vocal en su sección de Derecho Internacional y Europeo- y Árbitro, es miembro del "Centro de Mediación y Arbitraje" de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, Suiza) y del "Centro de Mediación y Arbitraje" de la Cámara de Comercio de Valencia (España).

Valencia, a 23 de enero de 2018

NON-STOP THE ELSA SPIRIT!

¡Saludos compañer@s de ELSA España! Hace pocas fechas pude experimentar en primera persona y disfrutar enormemente de unos inolvidables momentos con motivo del NCM celebrado en el Jardín Botánico de la Universidad de Valencia. ¡Fue algo increíble! Mi más sincera enhorabuena a quienes estuvieron detrás de su organización, así como a las personas y entidades que apoyaron la celebración del 30º aniversario de la fundación de ELSA España. Realmente fue un momento inolvidable que todas las personas que allí nos reunimos –y os aseguro que, de forma especial, aquellos que la vimos nacer hace tres décadas- nunca olvidaremos. Ver cómo crecen los grupos locales y cómo se expande ELSA a más Facultades de Derecho, por toda nuestra geografía, produce una satisfacción que resulta difícil de describir. Los parlamentos e intervenciones resultaron entrañables y no pocas sonrisas provocó escuchar anécdotas de aquellos años heroicos, al igual que comparar los medios con los que se inició esta aventura, con los que cuentan ahora los estudiantes. Sin embargo, lo que más me llamó la atención es advertir que, en el fondo, todo sigue igual y que el espíritu que reinaba en el ambiente y en el NCM es el mismo. Esto es, el mismo que el que teníamos en los inicios de ELSA. Y ello, a pesar de todo el tiempo transcurrido y las numerosas promociones de elsian@s que han visto la luz desde aquel curso iniagural 1987/1988. Porque, en definitiva, se trata de los mismos problemas y del mismo espíritu con el que acometerlos. Puede que nos encontremos en un distinto medio social y tecnológico o en una distinta Universidad, pero tod@s nos hemos enfrentado a cómo "vender" ELSA en tu Facultad o ciudad, a cómo explicarles a tus compañer@ que ELSA no es el nombre de una compañera Erasmus que vienen de Austria sino una fascinante aventura formativa y de servicio para su formación, a cómo consolidar un grupo local y gestionar su siempre difícil "sucesión", a cómo planificar actividades y ejecutar programas compaginándolo con exámenes y trabajos, a cómo trabajar en equipo sin desesperar y mantener la cordialidad, a cómo buscar fondos para mantener las actividades académicas o para asistir a reuniones o Summer Schools internacionales o sobrevivir a sus largas jornadas –también nocturnas, recordando que "We are Lawyers" cantando- para resucitar al día siguiente con ánimo renovado y dispuestos a seguir trabajando, a cómo organizar tu exiguo tiempo sin perder comba en los estudios y justificar ante familia y amigos tus ausencias debido a tan extraña "novia". En definitiva, a cómo sobrellevar el espíritu de ELSA que te ha atrapado y que te acompañará de por vida. Pues bien, de eso se trata en el fondo y de ahí la gran satisfacción y tranquilidad que me produjo ser protagonista de tan magna efeméride. Y es que 30 años no son cualquier cosa. Y, además, hay ELSA España para rato. Por todo ello y con total confianza en el futuro digo: Non Stop the ELSA Spirit¡

Valencia, a 18 de abril de 2018

Guillermo Palao Moreno

Guillermo Palao Moreno es Catedrático de Derecho Internacional privado de la Universidad de Valencia. Miembro fundador de ELSA España, fue Presidente de ELSA Valencia y España y Deputy for Marketing en el International Board de ELSA International.

FRANCISCO GONZÁLEZ CASTILLA

Francisco González Castilla es Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho mercantil en la Universidad de Valencia, Departamento del que es actualmente Director. Desde 2012 a 2017 compaginó su actividad académica con la Presidencia de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana.

Su actividad profesional como investigador se ha centrado en el Derecho de la contratación mercantil, las redes de distribución comercial y el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de sociedades. Ha coeditado seis libros colectivos y es autor de dos monografías y numerosas publicaciones y ponencias en congresos. Ha participado en 12 proyectos de I+D financiados (2 como investigador principal).

Ha cursado estudios de Derecho privado en la Ludwig-Maximilien Universität (Munich, Alemania). También ha realizado estancias de investigación o impartido cursos de postgrado en el Instituto Max-Planck de Hamburgo, y en las Universidades de la Habana (Cuba), Santa Cruz (Bolivia), y Cuenca (Ecuador). Ha sido Director del Máster en Estudios Internacionales y de la Unión Europea, coordinador de la Doble titulación ADE-Derecho y de los estudios de Derecho mercantil en Florida Universitaria, entre otros cargos académicos.

ELSA y la formación de un jurista: entonces, ahora

Francisco González Castilla

Inicié mis estudios de Derecho el curso 1986/1987, hace más o menos los mismos 30 años que ahora cumple ELSA España. Mi vocación jurídica había despertado cuando era adolescente gracias a una serie norteamericana, «Vida de un Estudiante» basada en el éxito que había tenido la película «The Paper Chase» en 1973, una película que recomiendo incondicionalmente a todo estudiante de Derecho.

Aquella serie describía la vida de los estudiantes de Derecho en la Harvard de los 70: contracultura, liberación sexual, pacifismo, ecologismo, y mucho, mucho Derecho: debates en clase, método socrático, sesiones maratonianas de estudio, grupos de trabajo... Algo que me maravillaba de aquel mundo universitario que yo veía tan lejano –tenía 12 o 13 años cuando emitieron la serie en España– era la vida universitaria alrededor del Derecho: las discusiones sobre cuestiones de actualidad social y política, las sesiones de grupo para hacer apuntes o resolver un problema... la Universidad no era un aula adonde ir sino un lugar donde vivir.

Cuando llegué a la Facultad de Derecho, comprobé que la realidad –como temía– poco tenía que ver con aquella imagen idealizada y televisiva. En aquellas aulas no había muchos que tuvieran claro cómo se construye un jurista (ni estudiantes, ni ¡ay! profesores).

Pero en segundo curso un tipo llamado Cesar Valor pasó por clase a presentar ELSA... y ese mismo día me enrolé en aquel proyecto fundacional en el que iba a compartir espacio vital con un puñado de estudiantes con los que me unía el compromiso con la propia formación, el reconocimiento de la fuerza reformista del Derecho para mejorar el mundo, la curiosidad por la actualidad jurídica, las «ganas de hacer cosas».

Frente a otras asociaciones universitarias, ELSA no quería ser un fin en sí misma, sino que era una plataforma para proyectarte, para desarrollar tus inquietudes y crecer como jurista durante tus años de universidad. En este sentido, a mi ELSA me ha parecido siempre una organización local, porque aunque sea evidentemente una asociación de estudiantes europeos con un claro ideario ligado a los derechos humanos, al Derecho como motor del cambio social, a respeto a la diversidad cultural... en realidad ELSA era y es en cada Facultad lo que su grupo local desea.

Participé activamente en Elsa Valencia desde 1987 a 1992, siendo cofundador de Elsa España y Presidente del grupo local (1990/91), y recuerdo especialmente el famoso viaje de octubre de 1988 a Viena en el que Elsa Valencia fue reconocida como el primer grupo local en España, y donde empecé a ver un mundo jurídico que se parecía más a aquella «Vida de un estudiante».
Ahora que repaso estos 30 años de recorrido me doy cuenta de que el paso por ELSA además de dejarme experiencias vitales imborrables, me proporcionó las primeras experiencias en tres áreas esenciales en la formación de un jurista:

La primera es la organización de equipos y eventos. Concebir, organizar y ejecutar un seminario es una piedra de toque profesional muy importante. No sólo por los propios contenidos, sino porque proporcionaban una primera experiencia en la dirección de equipos, la búsqueda de financiación, o incluso la necesidad de convencer a los ponentes, habilidades todas imprescindibles para un profesional.

La segunda son las habilidades de comunicación. En todo grupo local hay que discutir y decidir qué actividades realizar y, posteriormente, divulgar los eventos. Por otra parte, en aquellos días había que impulsar Elsa España, bregar con los problemas de crecimiento que tiene cualquier asociación, empezamos a participar en el Consell de la juventud de la Comunitat Valenciana... ámbitos donde había que ser capaz de dialogar, exponer, convencer o llegar a transaccionales. Toda una experiencia acelerada del poder de la comunicación.

Finalmente, el abrirse a una Europa con nombres y apellidos. ELSA propiciaba ese contacto con estudiantes de ordenamientos, países y facultades distintas que, sin embargo, tenían un perfil similar: inquietos, con ganas de crecer, de ver más allá, moverse, y que sobre todo se sentían partícipes de una comunidad espiritual que es Europa y sus valores: diversidad, derechos humanos, cultura... de repente te sentías acompañado por una multitud entusiasta que quería hacer el mismo viaje.

Esos tres elementos: habilidades de comunicación, organización de equipos y de eventos, y contacto internacional, son los tres pilares que entonces y ahora yo recomendaría incluir en la mochila universitaria de cualquier estudiante.

En 1993 fui a Alemania para desarrollar una estancia de investigación predoctoral en la Ludwig Maximilian Universität de Munich. Ya no era miembro activo, pero nada más llegar busqué algún teléfono de ELSA Munich y di con Anton Horn, un estudiante que rápidamente se ofreció a echarme una mano –el ELSA spirit– en aquellos primeros días en Alemania.

Aquel estudiante, hoy magnífico abogado, sigue siendo un gran amigo veinticinco años después. Como amigos son los que entonces jamás hubiéramos pensado que aquello que iniciábamos siguiera creciendo 30 años después. En realidad no pensábamos en futuro alguno: lo que teníamos era hambre de crecer, hacer, cambiar... en la mejor compañía. Y lo que descubrimos es que si quieres crecer como jurista en Europa, en ELSA encontrarás la mejor compañía.

TOMÁS VÁZQUEZ LÉPINETTE

FORMACIÓN

Licenciado en Derecho (1990) - Premio extraordinario Licenciatura-.

Doctor en Derecho (1994) - Premio extraordinario Doctorado-.

Formación postdoctoral en el Instituto Max-Planck de Derecho de Patentes, de Autor y de la Competencia (1995-1996) de Múnich (Alemania) y en el Instituto Max-Planck de Derecho Internacional Privado (1997) de Hamburgo (Alemania).

ACTIVIDAD UNIVERSITARIA

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia (1998 hasta la actualidad).

Ponencias recientes: Ponente de FIDE (Fundación Estudios Economía y Derecho), Máster de administración concursal (curso 2.010-2.011), Master Abogacía (Universidad Católica de Valencia, cursos 2013-2014, 2014-2015,2016-2017, 2017-2018), Universitat de Barcelona (2016).

ÁREA DE PRÁCTICA PROFESIONAL

Abogado en Cuatrecasas desde 1999-2003. Integrado en el Área de Sectores Regulados de Cuatrecasas (Oficina de Madrid), supervisando un equipo de trabajo integrado por cinco profesionales.

Colaborador de Russell Bedford, 2005-2007 (vía art. 83 LOU).

Desde 2007, colaborador de TOMARIAL ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS (vía art. 83 LOU).

¡¡TREINTA AÑOS NO SON NADA!![1]

Cuando me pidieron desde la actual dirección de ELSA SPAIN que escribiera unas líneas en relación al trigésimo aniversario de la fundación de ELSA SPAIN, mi primera reacción fue de incredulidad ¡¡¡treinta años ya!!!

Pasados los primeros momentos de estupor, me pasó por la mente la determinar si los motivos que impulsaron a unos jóvenes estudiantes de Derecho para crear una asociación internacional de juristas en ciernes siguen vigentes hoy o no. Y no creo equivocarme cuando doy una respuesta claramente afirmativa.

Buena parte de las cosas en las que creíamos y respecto de las que aspirábamos se han cumplido. En efecto, en aquel entonces, aunque España acababa de ingresar en la Unión Europea, las prácticas en la carrera de Derecho eran una cosa prácticamente desconocida, y si hablamos de prácticas como juristas en el extranjero, pura ciencia ficción. Por no hablar de que el ERASMUS no existía y de que la posibilidad de hacer la carrera en España y en el extranjero simultáneamente era, sencillamente, inimaginable. Y todo eso, hoy, es una realidad, gracias entre otros, al esfuerzo ingente de quienes crearon ELSA (Europa) y hay que agradecérselo

Pero ELSA SPAIN y, en general, ELSA como organización estudiantil de ámbito internacional tiene todavía mucho que decir. Por ejemplo, es –a mi juicio- imprescindible internacionalizar todavía más las profesiones jurídicas (y, en especial, la de abogado) pues si manejarse en un entorno jurídico internacional podía considerarse antes como un complemento, hoy es una necesidad. Nada de lo que ocurre fuera de las fronteras nacionales puede considerarse ajeno al jurista en su quehacer cotidiano. Y en este sentido, ELSA juega un papel esencial que podemos centrar en tres aspectos: fomenta la percepción de la existencia y necesidad de una cultura juridica internacional entre los estudiantes de Derecho; facilita la sociabilidad entre los estudiantes de Derecho de diversos países y, finalmente, crea un marco para el intercambio y la realización de prácticas en empresas y despachos extranjeros.

Pero no acaba ahí, sino que la propia labor orgánica dentro de una organización estudiantil internacional es, en sí misma, fuente de aprendizaje. Nada hay más importante para un jurista que tratar con las organizaciones, con todas sus grandezas (y a veces, miserias) y ELSA brinda la oportunidad perfecta para desenvolverse en un ámbito a la vez internacional y de profesionales (en ciernes).

Por último, más allá de cuestiones estrictamente profesionales, ELSA encarna los valores de una Europa más unida y mejor en cuanto que reúne a jóvenes que aúnan la doble condición de juristas y de ciudadanos europeos.

En suma, ¡¡larga vida a ELSA y a esperar los 30 próximos años!! ¡¡ Que treinta años no son nada!!

[1] Tomás Vázquez Lépinette, miembro fundador de ELSA ESPAÑA.

Tomas.vazquez@uv.es

eslr

ELSA Spain Law Review

The European Law Students' Association

ELSA SPAIN